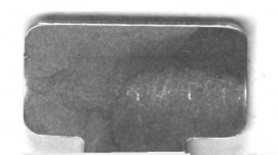


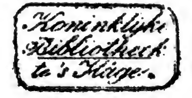




Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte.

Von

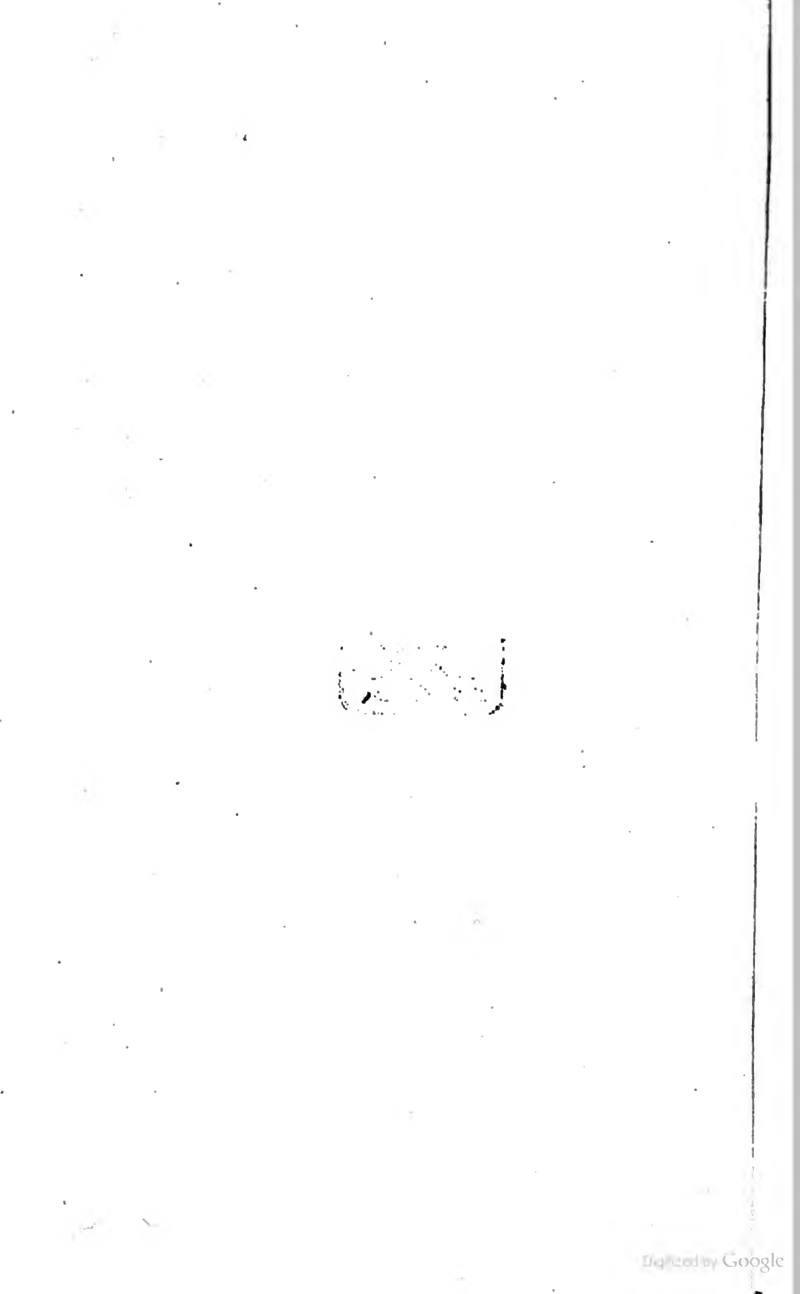
D. Carl Adolf Schmidt,
Großherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsrath zu Rostock.



Erster Band:

Die Verschiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts.

Rostock und Schwerin,
Verlag der Stiller'schen Hofbuchhandlung.
1853.



Der

principielle Unterschied

zwischen dem

römischen und germanischen Rechte.

Von

D. Carl Adolf Schmidt,
Großherzoglich Mecklenburgischem Oberappellationsrath zu Rostock.

Erster Band:

Die Verschiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts.

Rostock und Schwerin,
Verlag der Stiller'schen Hofbuchhandlung.
1853.

Vorrede.

Ueber Zweck und Inhalt dieser Schrift, von der gegenwärtig die erste Abtheilung erscheint, giebt die Einleitung nähere Auskunft. Sie ist ein Versuch, die Verschiedenheit der Voraussetzungen und Principien, von denen die Römer und Germanen bei der Construction ihres Rechts ausgegangen sind, darzulegen. Sie beabsichtigt, weil mit dem römischen Rechte auch die demselben zu Grunde liegenden Voraussetzungen und Principien in unser Bewußtsein eingedrungen sind, damit aber auch zugleich einen Anhaltspunkt für die Beantwortung der Fragen zu geben, welchen Einfluß das römische Recht als Culturelement auf unsere ganze Denkweise ausgeübt hat, was in der aus römischen und germanischen Elementen componirten Anschauungsweise der Gegenwart römischen und nationalen Ursprungs ist, und wie diese verschiedenartigen Elemente sich zu einander verhalten.

Dieser doppelte Zweck hat auch die Gestalt der Schrift bestimmen müssen. Die Resultate, welche sie giebt, sind hauptsächlich auf dem Wege der Analyse und Vergleichung des

Inhalts beider Rechte gewonnen, und so auch dargestellt. Daß dies der Ausgangspunkt für alle derartigen Untersuchungen bleiben muß, daß die concrete Gestalt des Rechts den zuverlässigsten Aufschluß über die Voraussetzungen und Motive gewährt, nach denen es construirt ist, und daß die durchgehende Uebereinstimmung der natürlichen Consequenzen des gefundenen Fundamentalprincips mit dem wirklichen Inhalte des Rechts zugleich die sicherste Probe für die Wahrheit der gewonnenen Resultate ist, darüber wird wohl Niemand in Zweifel sein. Daß historische Forschungen und Quellenstudien daneben unerläßlich sind, kann ebenso wenig bezweifelt werden; wie weit aber die Anführung von Quellenzeugnissen zur Bestätigung der gefundenen Resultate auszudehnen, und wie weit überhaupt die Untersuchung und Darstellung bis ins Einzelne zu erstrecken ist, das bleibt Sache des individuellen Ermessens. Ich habe mich nach dem Zwecke der Schrift beschränken zu müssen geglaubt, zumal es mir hauptsächlich darauf ankam, die Bedeutung, welche das römische Recht als Culturelement für uns hat, und diejenige Denkweise festzustellen, welche es in der Gestalt, in der es in unser Bewußtsein und zunächst in das unseres Juristenstandes übergegangen ist, erzeugt hat, und in dieser Gestalt zu erzeugen geeignet ist.

Dies habe ich auch denen zu entgegnen, welche eine umfänglichere Benutzung der vorhandenen Literatur für nöthig halten möchten. Ohnehin ist dieselbe auf dem Gebiete der vergleichenden Jurisprudenz nicht grade reichhaltig, und was

insbesondere für die Vergleichung des römischen und germanischen Rechts geleistet ist, beschränkt sich größten Theils auf einige flüchtige Skizzen. Eine interessante Bestätigung meiner Auffassung des römischen Rechts ist mir jedoch der kürzlich erschienene erste Band von Jhering's „Geist des römischen Rechts" gewesen, worin ebenfalls „das Princip des subjectiven Willens als Urquell des römischen Rechts" bezeichnet wird, und worauf ich daher, da das Manuscript bereits zum Drucke fertig lag, noch in den Anmerkungen wiederholt Bezug genommen habe. Ich halte freilich den Versuch für verfehlt, jenes Princip im ältesten römischen Rechte unter Wegläugnung des sich hier bemerklich machenden Dualismus nachzuweisen, und daher den Inhalt dieses ersten Bandes größten Theils nicht für richtig. Dessenungeachtet ist unsere Uebereinstimmung in dem erwähnten Princip für mich eine um so willkommenere Bestätigung meiner Auffassung gewesen, als wir beide auf ganz verschiedenen Wegen zu demselben Resultate gelangt, auch unser ganzer Standpunkt und die Tendenz unserer Schriften völlig verschieden sind. Jhering steht ganz auf römischen Standpunkt; die Voraussetzungen und Principien, von denen die Römer bei der Construction ihres Rechts ausgegangen sind, sind auch die seinigen, und werden von ihm als allgemeingültige betrachtet, und der ausdrücklich ausgesprochene Zweck seiner Schrift ist grade, die unbegrenzte Bewunderung, welche er für das römische Recht empfindet, auch Anderen einzuflößen. Für mich dagegen bildet grade der

Gegensatz zwischen der römischen und germanischen Anschauungsweise den Ausgangspunkt meiner Betrachtungen; mein Bestreben ist grade darauf gerichtet gewesen, diesen Gegensatz darzulegen und nachzuweisen, daß die Voraussetzungen und Principien des römischen Rechts etwas specifisch Römisches sind und mit den Grundprincipien unseres nationalen Staats- und Rechtslebens in directem Widerspruche stehen; und nach meiner Ueberzeugung ist grade das, daß wir uns dieses Widerspruchs in seiner vollen Schärfe bewußt werden, der wesentlichste Nutzen, den eine Analyse des römischen Rechts uns gewähren kann, und zugleich zu einem wahren Verständniß der Gegenwart unentbehrlich.

Diese Ueberzeugung hat mich auch getrieben, die Lösung einer so schwierigen Aufgabe zu versuchen und mich nicht durch Bedenken über die Zulänglichkeit meiner Kräfte davon abwendig machen zu lassen. Daher mag ich mich auch wegen der Mängel dieser Schrift nicht besonders entschuldigen. Ist es mir gelungen, den Gegensatz zwischen dem römischen und germanischen Rechte im Ganzen richtig zu formuliren, so ist es unwesentlich, ob im Einzelnen Irrthümer vorkommen und ob die Form der Darstellung mangelhaft ist. Ist die Schrift in der Hauptsache verfehlt, und trägt sie nicht wenigstens dazu bei, die Aufmerksamkeit auf einen Punkt zu lenken, der bisher von unserer Jurisprudenz nur zu sehr vernachlässigt ist, so ist es vollends gleichgültig, wie sie sonst beschaffen sein mag. Uebrigens bietet, wie mir scheint, für einen Versuch der fraglichen Art grade die

Stellung eines praktischen Juristen einen nicht unwesentlichen Vortheil. Nach der ganzen Beschaffenheit unserer juristischen Bildung liegt die Hauptschwierigkeit für die Betrachtung des römischen Rechts in der Möglichkeit, einen Standpunkt außerhalb desselben zu gewinnen, und sich von der juristischen Denkweise, welche der Jurist mit dem römischen Rechte unbewußt in sich aufnimmt, zu emancipiren. Nur durch die Gewinnung eines solchen Standpunktes wird ein Urtheil über das römische Recht und zugleich ein volles Verständniß für die Voraussetzungen und Motive des nationalen Rechts möglich, und das Beispiel von Justus Möser zeigt, welche Vorzüge namentlich in letzterer Beziehung die Schule des praktischen Lebens und die Unmittelbarkeit seiner Eindrücke und Erfahrungen bietet, während umgekehrt das Beispiel bedeutender neuerer Germanisten uns zeigt, welche Schwierigkeiten ein tieferes Verständniß des römischen Rechts, wie wir es durch die historische Schule wiedergewonnen haben, für das volle Verständniß des germanischen Rechts erzeugt. —

In mancher Beziehung möchte es wünschenswerth sein, wenn mit diesem ersten Bande zugleich der zweite Band, der das Staats- und Criminalrecht behandeln soll, erscheinen könnte. Der Beweis für die Wahrheit der gewonnenen Resultate liegt eben darin, daß derselbe Gegensatz auf dem ganzen Gebiete des Rechtslebens überall wiederkehrt. Auf der andern Seite aber bildet bei dem Principienkampfe der Gegenwart grade das Privatrecht noch am meisten eine Art neutralen Ge-

bietes; es wird daher hier am ersten eine Unbefangenheit des Urtheils und eine Verständigung möglich sein; und diese Erwägung hat mich bestimmt, den ersten Band, dessen Inhalt zugleich einen natürlichen Abschluß hat, schon jetzt erscheinen zu lassen. Ein zweites freilich minder wichtiges Motiv war der Wunsch, daß dieser Band gleichzeitig mit dem zweiten Theile der oben erwähnten Ihering'schen Schrift erscheinen möge. Die Uebereinstimmung zweier völlig von einander unabhängigen Schriften bei der gänzlichen Verschiedenheit des allgemeinen Standpunktes und der Tendenz ihrer Verfasser ist eine nicht unwichtige Bestätigung einer Auffassung, welche von vorn herein dem Vorwurfe der Oberflächlichkeit oder Paradoxie von Seiten der Romanisten und romanisirenden Germanisten zu begegnen erwarten darf.

Inhalt.

Seite
Einleitung 1

Erster Theil.

Die Verschiedenheit der obersten Voraussetzung und der principiellen Begriffe des römischen und germanischen Rechts.

Erster Abschnitt.

Die Verschiedenheit der obersten Voraussetzung.

§. 1. Das Princip der Subjectivität als Grundlage des römischen Rechts 29
§. 2. Das Princip der Objectivität als Grundlage des germanischen Rechts 47

Zweiter Abschnitt.

Die Verschiedenheit der Begriffe von Recht, Freiheit und Ehre.

Erstes Capitel.

Das Recht im objectiven Sinne.

§. 3. Entstehung und Wesen des Rechts 64
§. 4. Stellung des Volkes zum Rechte 75

Seite

§. 5. Die Stellung der Fremden zum Rechte 80
§. 6. Das oberste Princip für die Gestaltung des Rechts . . . 82
§. 7. Das Verhältniß des Rechts zum Sittengesetze und zur Religion 87
§. 8. Aeußere Verschiedenheiten in Bezug auf Entstehung und Geltung des Rechts 98

Zweites Capitel.

Das Recht im subjectiven Sinne.

§. 9. Entstehung des Rechts 102
§. 10. Begriff und Inhalt des Rechts 120
§. 11. Einfluß des Rechtsbegriffs auf den Begriff der Rechtsfähigkeit 132
§. 12. Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Grundsätze über Rechtsverlust und Rechtsminderung 141
§. 13. Sonstiger Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Gestalt des Rechtssystems 146
§. 14. Verhältniß der Einzelrechte zum Staate 152

Drittes Capitel.

Die Freiheit.

§. 15. Begriff der Freiheit 161
§. 16. Verschiedenheit der Folgerungen aus dem Freiheitsbegriff . . 165

Viertes Capitel.

Die Ehre.

§. 17. Die Ehre und ihr Verhältniß zum Rechte 170
§. 18. Behandlung der Ehrverletzung 180
§. 19. Einfluß dieser Principien auf die Beweislast im Processe . . 186

Zweiter Theil.

Die Verschiedenheit des römischen und germanischen Privatrechts.

Erster Abschnitt.

Das Familienrecht.

Seite

§. 20. Princip des Familienrechts 193
§. 21. Die einzelnen Institute des Familienrechts 197
§. 22. Bedeutung des Familienrechts für das übrige Recht . . . 212

Zweiter Abschnitt.

Das Sachenrecht.

Erstes Capitel.

Das Eigenthum.

§. 23. Entstehung und Rechtsgrund des Eigenthums 217
§. 24. Begriff des Eigenthums 223
§. 25. Rechte des Eigenthümers 226
§. 26. Besondere Rechte und Pflichten des Grundeigenthümers . . 236
§. 27. Gemeinschaftliches Eigenthum 244

Zweites Capitel.

Die dinglichen Rechte.

§. 28. Verschiedenheit des Princips der dinglichen Rechte 247

Dritter Abschnitt.

Das Obligationenrecht.

Erstes Capitel.

Das Recht der Verträge.

§. 29. Entstehung und Rechtsgrund der Obligation 251
§. 30. Begriff und Wesen der Obligation 261

Seite
§. 31. Verschiedenheit des Inhalts der einzelnen Verträge 266
§. 32. Die Organisation des ökonomischen Verkehrs 278

Zweites Capitel.

Obligationen aus anderen Gründen.

§. 33. Die Privatdelicte 301
§. 34. Gesetzliche Obligationen 303

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

§. 35. Entstehung und Rechtsgrund der Intestaterbfolge 306
§. 36. Das Princip der Erbtheilung 318
§. 37. Das Erbrecht der Wittwe 327
§. 38. Testamente und Erbverträge 333

Einleitung.

Wie in Sprache, Kunst und Sitte, so prägt sich auch im Rechte der individuelle Charakter des Volkes aus. Das Recht ist die Norm, nach der alle Lebensverhältnisse beurtheilt werden, daher muß es auch mit diesen Lebensverhältnissen im Einklange stehen; und wenn anders die geschichtliche Entwickelung des Volkes eine normale gewesen ist, so ist auch das Recht zu jeder Zeit nur der congruente Ausdruck der jedesmaligen Lebensgestaltung des Volkes. — Daneben steht das Recht eines Volkes nothwendig auch mit sich selbst im Einklange. Das Recht ist kein Aggregat verschiedener Bestimmungen, die ohne innerliche Gemeinschaft mit einander sich nur äußerlich an einander reihen, sondern ein organisches Ganze, dessen einzelne Theile ihrer innern Natur und Beschaffenheit nach durch den specifischen Charakter des Ganzen bestimmt sind, und alle in einem inneren nothwendigen Zusammenhange mit einander stehen. Die leitenden Principien, welche z. B. das Familienrecht, Sachenrecht, Obligationenrecht und Erbrecht beherrschen, und diejenigen, nach welchen das öffentliche Recht, das Strafrecht und der Proceß construirt sind, tragen alle mit einander das Gepräge innerer Verwandtschaft und gleicher Abstammung. Sie werden alle in gleicher Weise durch die Grundanschauungen des Volkes von Recht, Freiheit und Ehre, und diese wiederum ebenso und mit

gleicher Nothwendigkeit durch das oberste Princip bestimmt, auf welches sich die sittliche Anschauungsweise des Volkes zurückführen läßt. Freilich vermag nicht jedes Volk und jede Zeit dieses Fundamentalprincip des Rechts mit gleicher Sicherheit in allen Beziehungen festzuhalten; jedes Volk aber ringt danach, und je größer das Maaß geistiger Kraft ist, welches ihm beschieden, je lebendiger die Pulse seines nationalen Lebens schlagen, um so schärfer und klarer ist auch jenes oberste Princip in allen einzelnen Rechtsbestimmungen ausgeprägt. — Dies gilt von jedem Volke, das ein geschichtliches Leben gehabt hat, und es ist in dieser Beziehung gleichgültig, ob seinem Rechte eine wissenschaftliche Pflege zu Theil geworden ist oder nicht. Denn das Recht ist ein Product des geschichtlichen Lebens, nicht der Wissenschaft. Die Rechtswissenschaft weist nur an dem vorhandenen Stoffe die leitenden Principien nach, welche ihm seine concrete Gestalt gegeben haben, und bringt sie zum Bewußtsein; sie schafft diese leitenden Principien und das Fundamentalprincip, woraus sie wiederum hervorgegangen sind, aber grade so wenig, als die Naturwissenschaft die specifische Natur des einzelnen Samenkorns und das Entwickelungsgesetz schafft, wonach jenes sich zu der bestimmten Pflanze gestaltet.

Wenden wir diese, aus der Natur des Rechts, als eines organischen und aus dem geschichtlichen Leben des Volkes natürlich hervorgewachsenen Ganzen gefolgerten Sätze, welche heutzutage auch Niemand mehr bestreitet, auf das römische und germanische Recht an; so ergiebt sich daraus von selbst, daß jedes von ihnen auf ein selbstständiges, in der nationalen Anschauungsweise des Volkes wurzelndes Fundamentalprincip gegründet sein muß, und daß ferner, da Charakter und Anschauungsweise der Römer und Germanen wesentlich von einander

differiren, auch beide Rechte eine Menge von Verschiedenheiten zeigen, die auf eine specifische Verschiedenheit der leitenden Principien hinweisen, nothwendig auch das Fundamentalprincip des römischen und germanischen Rechts ein verschiedenes sein muß.

Die Rechtswissenschaft hat daher die unabweisliche Aufgabe, die individuelle Natur und Beschaffenheit dieser beiden Fundamentalprincipien und ihre specifische Verschiedenheit zu erforschen und nachzuweisen. Schon das rein theoretische Interesse zwingt uns, nicht bei der Entdeckung der die einzelnen Institute beherrschenden Principien stehen zu bleiben, sondern auch ihren innern Zusammenhang, ihre Verwandtschaft und gemeinsame Abstammung nachzuweisen; und die Rechtswissenschaft hat erst dann ihre Aufgabe an dem gegebenen Stoffe zu vollenden angefangen, so wie zugleich eine sichere Basis für ihre weiteren Operationen gewonnen, wenn sie das oberste Princip, auf welches die sittliche Anschauungsweise des Volkes sich zurückführen läßt, und das natürliche Hervorgehen der allgemeinsten Rechtsbegriffe aus demselben darzulegen vermocht hat.

Nicht minder aber liegt für uns auch das dringendste praktische Interesse vor, diese Aufgabe zu lösen. — Zunächst ist dasselbe schon durch den Umstand begründet, daß bei uns römisches und deutsches Recht neben einander gelten. Daß die dem einen und dem andern Rechte angehörigen Institute nach verschiedenen Grundsätzen zu beurtheilen sind, ist allgemein anerkannt. So lange wir aber die Verschiedenheiten des römischen und deutschen Rechts nicht bis zu ihrer Quelle verfolgen können, laufen wir nothwendiger Weise stets Gefahr, römisch- und deutschrechtliche Principien mit einander zu confundiren. Namentlich ist es, da das römische Recht die Grundlage unseres

1*

juristischen Studiums bildet, und, wie Puchta einmal sehr richtig sagt, unsere ganze juristische Denkweise auf dasselbe gegründet ist, gar nicht zu vermeiden, daß wir bei der Beurtheilung deutschrechtlicher Verhältnisse oft unbewußt mit römischen Begriffen operiren, also dieselben nach Principien entscheiden, welche uns in der Natur der Sache zu liegen scheinen, die in Wirklichkeit aber specifisch römisch sind, und von uns nur vermöge des Umstandes, daß wir dabei, ohne es zu wissen, die Sache vom römischen Standpunkte aus betrachten, als in der Natur der Sache liegend angesehen werden. — Daß durch die verkehrte Anwendung römischrechtlicher Vorschriften auf deutschrechtliche Verhältnisse im Laufe der Zeit viele Institute des deutschen Rechts corrumpirt und zerstört worden sind, darüber ist jetzt kein Zweifel mehr, und die Doctrin hat das Verkehrte einer solchen Methode anerkannt [1]). Allein so, wie die Sache gegenwärtig steht, haben wir gar keine Garantie, daß wir nicht praktisch unbewußt immer wieder in denselben Fehler verfallen, den wir theoretisch als solchen erkennen, und auf diese Weise allmählig ohne Arg die letzten Reste unseres vaterländischen Rechts zerstören. Dies ist in der That in weit größerem Maaße der Fall, als wir denken. —

---

[1]) Freilich nicht allgemein in der hier gemeinten Weise. Gerber (System des deutschen Privatrechts, zweite Ausgabe, § 75 n 2) ist im Gegentheil der Ansicht: es könne gewiß kein einseitiger Romanismus genannt werden, wenn man die richtige Form deutschrechtlicher Institute im Bereiche der juristischen Bildung suche, welche unsere Zeit der Aufnahme des römischen Rechts als Culturelements verdanke. Die nothwendige Folge eines solchen Princips ist dann freilich, daß man alle deutschrechtlichen Institute, für welche in der auf das römische Recht gegründeten juristischen Bildung keine Form zu finden ist, als juristisch unmöglich einfach weglängnet, und dasjenige, was sich von jenem Standpunkte aus nicht begreifen läßt, für ein Product unklarer mittelalterlicher Vorstellungen erklärt.

Ein ungleich größeres praktisches Interesse erhält die obige Aufgabe jedoch durch den Einfluß, den ihre Lösung auf die Beantwortung der so viel bestrittenen allgemeinen Fragen haben muß, welche Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft unseres Rechtslebens betreffen. — Ob die Reception des römischen Rechts als ein Glück oder Unglück für uns zu betrachten, ob ferner das römische Recht jetzt als unserem Leben assimilirt und nationalisirt anzusehen ist, ob endlich römisches und deutsches Recht noch ferner, so wie jetzt, neben einander bestehen können, oder ob ein solcher Dualismus auf die Länge unhaltbar ist, und ob, wenn dies der Fall, eine organische Verwachsung beider zu einem einheitlichen Ganzen möglich ist, oder ob der Kampf zwischen beiden schließlich mit der gänzlichen Verdrängung des einen oder andern endigen muß? — alle diese Fragen können ohne Zweifel erst dann ihre befriedigende Lösung erhalten, wenn das Fundamentalprincip des römischen und germanischen Rechts und der specifische Unterschied zwischen beiden dargelegt ist, weil sich erst dann die Wirkungen, welche das römische Recht auf unser Leben gehabt hat, und seiner Natur nach haben mußte, sowohl ihrer innern Beschaffenheit, als auch ihrem Umfange nach bestimmter nachweisen und übersehen lassen. So lange dies nicht der Fall ist, wird der Streit um alle diese Fragen nothwendig immer auf ein Operiren mit unbekannten Factoren, auf ein subjectives Meinen und Glauben hinauslaufen, und sich um allgemeine Wahrheiten drehen müssen, die an sich unbestreitbar sind, deren Anwendlichkeit auf den vorliegenden Fall aber völlig ungewiß bleibt.

Und können wir läugnen, daß die Sache in Wirklichkeit so steht? Ich glaube, daß wenige Worte genügen werden, um uns darüber zu verständigen. Wenn z. B. von den Romanisten

zu Gunsten der Reception des römischen Rechts geltend gemacht wird, daß die geistigen Schöpfungen früherer Völker als eine Erbschaft anzusehen sind, durch deren Antritt spätere Nationen den Reichthum ihres geistigen Lebens vermehren können, und daß deren Aneignung oft genug in der Geschichte den Anstoß zu einer reichern Entwickelung des nationalen Lebens gegeben und Völker auf eine Culturstufe gehoben hat, welche sie sonst schwerlich erreicht haben würden; — so ist dies allerdings eine an sich unbestreitbare Wahrheit. Ebenso ist es vollkommen richtig, daß solche Aneignung der geistigen Errungenschaften fremder Völker grade das Vehikel bildet, wodurch allein eine fortschreitende Entwickelung in der Geschichte der Menschheit möglich wird; und es ist ein Zeichen geistiger Impotenz, wenn man gegen das römische Recht blos deswegen eifert, weil es fremden Ursprungs ist, oder gar, weil die Quellen unseres juristischen Wissens in fremder Sprache geschrieben sind. Allein die Geschichte lehrt uns doch auch, daß nicht jede Reception fremder Elemente eine reichere Entfaltung des nationalen Lebens zur Folge gehabt hat; sie zeigt uns Beispiele in Menge, in denen das Eindringen fremder Bildung das nationale Leben eines Volkes verkümmert und seine Lebenskraft gebrochen hat, und das Beispiel der italischen Völkerschaften, welche unter der römischen Herrschaft vom Boden der Geschichte verschwunden und in das römische Volk aufgegangen sind, zeigt uns, daß grade römisches Recht und römisches Wesen eine fremde Nationalität gänzlich zu vernichten wohl geeignet sind. Solchen Beispielen gegenüber können wir uns doch unmöglich bei jener allgemeinen, an sich freilich unbestreitbaren Wahrheit zufrieden geben. Es bleibt immer noch die Möglichkeit, daß der Einfluß, den das römische Recht auf unser Leben übt, ein zerstörender

ist; und erst dann, wenn eine genaue Analyse des römischen und germanischen Rechts uns in den Stand gesetzt hat, die Natur und Beschaffenheit der Wirkungen, welche das römische Recht auf unser Leben gehabt hat und noch fortwährend hat, nachzuweisen, können wir ein sicheres Urtheil darüber fällen, ob seine Reception ein Glück oder Unglück für uns gewesen ist. Wenn ferner darauf hingewiesen wird, daß diese Reception nicht das Product der Willkühr und des Zufalls, sondern das Resultat einer innern geschichtlichen Nothwendigkeit gewesen sei, und daß wir dieselbe als eine providentielle Fügung anzusehen haben; so ist zwar wiederum vollkommen richtig, daß die Reception des römischen Rechts in derselben Weise, wie dies auch von den analogen Erscheinungen der Gegenwart gesagt werden kann, das natürliche Resultat eines geschichtlichen Entwickelungsprocesses gewesen ist. Allein damit ist die Natur dieses Entwickelungsprocesses noch nicht dargelegt, und wer wird läugnen wollen, daß es im Leben der Völker auch krankhafte Entwickelungsprocesse giebt? Der Untergang von Nationen, welche vor Vollendung ihrer Lebensaufgaben langsam dahin siechen, kann ebenfalls das Resultat einer innern geschichtlichen Nothwendigkeit sein, und wir dürfen uns daher bei jener allgemeinen Wahrheit nicht beruhigen, so lange uns nicht zugleich nachgewiesen werden kann, daß der Entwickelungsproceß, der uns das römische Recht gebracht hat, ein gesunder war, und daß der dadurch herbeigeführte Zustand unseres Rechtslebens als ein heilsamer bezeichnet werden darf. — Wenn endlich behauptet wird, daß das römische Recht durch die wissenschaftliche Pflege, die ihm zu Theil geworden und durch die Entwickelungsphasen, die es durchgemacht hat, einen universellen Charakter erhalten habe, der es fähig mache, ein

Weltrecht zu werden, und seine Mission hierzu beglaubige, so ist allerdings wieder nicht zu läugnen, daß das römische Recht eine große Anziehungskraft auf die neueren Völker ausgeübt hat, und daß in seinem Wesen etwas liegen muß, was diese Anziehungskraft hervorbringt. Das römische Recht hat thatsächlich die Herrschaft über einen großen Theil der germanischen Völker erlangt, und hat dieselbe unzweifelhaft lediglich durch die innere geistige Macht, die in ihm wohnt, erlangt. Allein wenn damit schon der Beweis seiner Prädestination zu einem Weltrecht geliefert sein soll, so wollen wir nicht vergessen, daß auf dieselben Völker, welche einst römisches Recht recipirt haben, auch die Lehre von der Volkssouveränetät mit allem, was drum und dran hängt, eine große Anziehungskraft geübt hat, daß auch für sie der Charakter der Universalität in Anspruch genommen wird, und daß auch sie die bedeutendsten Erfolge errungen hat. Wenn man die Geschichte der Reception des römischen Rechts mit der Geschichte der Volkssouveränetätslehre vergleicht, so bieten sich durchweg die überraschendsten Analogien dar, und in mehr als einer Hinsicht dürfte das Urtheil hinsichtlich der einen und andern sich durch diese Vergleichung rectificiren [2]).

---

[2]) Die wahre Lage des Streites über die höhere Bedeutung der Reception des römischen Rechts erkennen wir am besten aus dem Bekenntnisse Savigny's (System Bd. I. S. 80), daß das letzte Ziel des Entwickelungsganges der neuern Zeit, dessen Eigenthümlichkeit sich in der Reception des römischen Rechts offenbart, vor unseren Augen noch verborgen ist. — Müssen wir dies bekennen, so müssen wir auch bekennen, daß das letzte unseren Augen verborgene Ziel ebenso gut, als eine neue herrliche Blüthe, auch eine völlige Vernichtung und das Ende unseres nationalen Lebens sein kann. Ohne Weiteres das Erstere vorauszusetzen, ist ein Optimismus, der durch die bisherige Geschichte der germanischen Völker, welche römisches Recht recipirt haben, und durch die Erscheinungen der

Ganz ähnlich steht es mit den die Gegenwart und Zukunft unseres Rechtslebens betreffenden Fragen. Von den Romanisten wird allgemein und mit der größten Zuversicht behauptet, daß die Reception des römischen Rechts jetzt eine vollendete Thatsache sei, daß das römische Recht mit Ausnahme einiger weniger specifisch römischer Bestimmungen in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen und unserem Leben assimilirt, und daß es die Aufgabe der Rechtswissenschaft sei, durch organische Verbindung des römischen Rechts mit den noch erhaltenen Bestandtheilen des deutschen Rechts ein einheitliches Ganze und so ein wahrhaft nationales Recht zu schaffen. Mit den Beweisen für diese Behauptung steht es aber mißlich aus, und wenn wir nach dem Begriffe der Assimilation, nach ihren Bedingungen und Kriterien fragen, so dürften sich gegen die Wahrheit jener Behauptung gewichtige Bedenken erheben.

Freilich, wenn alles dasjenige für assimilirt gelten dürfte, was in das Rechtsbewußtsein unseres Juristenstandes übergegangen ist, und von diesem für natürlich und unseren Lebensverhältnissen entsprechend erklärt wird, dann würde die obige Versicherung allerdings richtig sein. Allein der Juristenstand ist grade von Anfang an der Träger des römischen Rechts bei uns gewesen, und dieses ist durch ihn dem Volke gebracht worden. Auch gegenwärtig noch bildet das römische Recht die Bildungsschule unseres Juristenstandes, und dieser entnimmt den Inhalt seines Wissens nicht aus dem Rechtsleben der

Gegenwart wahrlich nicht gerechtfertigt wird. Je beunruhigender aber die Prognose ist, welche wir der Zukunft unseres nationalen Lebens zu stellen uns genöthigt sehen, um so dringendere Veranlassung liegt darin auch für uns, die eigenthümliche Natur unseres Entwickelungsganges und das letzte Ziel, wohin er uns schließlich führen muß, genauer ins Auge zu fassen.

Gegenwart, sondern aus dem Corpus Juris. Bei dieser Sachlage muß doch ohne Zweifel als möglich zugegeben werden, daß vieles von demjenigen, was die Juristen aus dem Corpus Juris erlernen, noch nicht in das Bewußtsein des Volkes übergegangen ist, ja daß selbst zwischen der ganzen Anschauungsweise des Juristenstandes, in welche dieser sich durch das Studium des römischen Rechts künstlich hineinlebt, und der des Volkes, das solche Studien nicht mitmacht, ein specifischer Unterschied besteht. Die Möglichkeit eines solchen Unterschiedes zwischen Volksrecht und Juristenrecht wird freilich von unseren Romanisten von vorn herein ganz entschieden geläugnet und darauf hingewiesen, daß der Juristenstand eben nur der Repräsentant des Rechtsbewußtseins des Volkes sei. Allein damit wird uns eben wiederum nur eine allgemeine Wahrheit entgegengehalten, die unter normalen Verhältnissen unbestreitbar, deren Anwendlichkeit auf den vorliegenden Fall aber grade mehr als zweifelhaft ist. Allerdings prägt sich das im Volke lebende Recht im Bewußtsein des Juristenstandes am klarsten und schärfsten aus, wenn die Juristen das im Bewußtsein des Volkes lebende Recht zum Gegenstande ihrer Studien machen, und eben nur den aus dem Rechtsleben der Gegenwart entnommenen Stoff wissenschaftlich verarbeiten. Dann besteht zwischen dem Rechtsbewußtsein des Volkes und dem des Juristenstandes nur der Unterschied, daß dieses klarer und wissenschaftlich entwickelt ist; der Inhalt beider ist identisch, und grade auf dieser Identität beruht die Wahrheit des Satzes, daß der Juristenstand das Rechtsbewußtsein des Volkes repräsentire. Eine solche Identität kann aber doch schlechterdings nicht weiter vorausgesetzt werden; ja es kann von ihr eigentlich gar nicht weiter die Rede sein, wenn, wie bei uns, der Juristenstand

statt des im Bewußtsein des Volkes lebenden, ein fremdes Recht zum Gegenstande seiner Studien macht, und nicht nur den Inhalt seines Wissens aus fremden Rechtsquellen entnimmt, sondern sich auch in die juristische Denkweise dieses fremden Volkes hineinzuleben bemüht.

Kann und darf das römische Recht aber nur in soweit als wahrhaft assimilirt betrachtet werden, als dasselbe in das Rechtsbewußtsein nicht nur des Juristenstandes, sondern auch des Volkes übergegangen und zugleich mit der ganzen Anschauungsweise desselben organisch verwachsen ist, so ist es zunächst eine leider völlig unbestreitbare Thatsache, daß Forschungen darüber, wie weit dies geschehen, bisher eigentlich noch so gut wie gar nicht angestellt worden sind. Der Behauptung, daß das römische Recht im Ganzen und Großen unserem Leben assimilirt sei, mangelt es daher an jeder thatsächlichen Grundlage. Sodann ist ebenfalls gewiß, daß solche Forschungen auch überhaupt erst dann mit Nutzen angestellt werden und zu sicheren Resultaten führen können, wenn es uns zuvor gelungen ist, die specifische Verschiedenheit der römischen und germanischen Anschauungsweise und des römischen und germanischen Rechts auf bestimmte Gegensätze zurückzuführen, weil wir vor allem erst selbst ein wirkliches Verständniß nicht nur des römischen, sondern auch des deutschen Rechts erworben haben müssen, um bei einer Analyse des im Bewußtsein des Volkes lebenden Rechts die verschiedenartigen Elemente von einander sondern zu können, und weil wir erst dann mit Sicherheit erkennen und nachweisen können, wie das in das Rechtsbewußtsein des Volkes eindringende römische Recht sich zur nationalen Anschauungsweise bisher verhalten hat und noch gegenwärtig verhält. Daß in Folge einer so langen Anwendung eine

Menge römischrechtlicher Bestimmungen in das Bewußtsein des Volkes eingedrungen ist, muß freilich von vorn herein als unbestreitbar angesehen werden, und ohne Zweifel hat das römische Recht in der Anschauungsweise des Volkes eine Veränderung hervorgebracht, in Folge deren der ursprüngliche Widerspruch zwischen beiden viel an seiner ursprünglichen Schärfe verloren hat. Allein es heißt Natur und Wesen der Assimilation gänzlich verkennen, wenn man meint, daß mit dem Eindringen des römischen Rechts in das Bewußtsein des Volkes auch dessen Assimilation bereits vollendet sei, und wenn man die Art und Weise, wie die Ausgleichung des ursprünglichen Widerspruchs erfolgt ist, als etwas dabei Gleichgültiges betrachtet. Der Weg, auf dem dieselbe erfolgt, ist im Gegentheil von der allergrößten Bedeutung, und wir haben bei der Frage von der Assimilation des römischen Rechts vor allem die Frage zu erwägen: ob das römische Recht bei seinem Eindringen in unser Leben eine specifische Veränderung seines Charakters erlitten, oder ob es umgekehrt nur den Charakter unserer nationalen Anschauungsweise verändert hat, ob mit anderen Worten das römische Recht germanisirt worden ist, oder ob unser Leben und unsere Anschauungsweise durch dasselbe romanisirt worden sind? Auch bei den italischen Völkerschaften, welche dem Einflusse des römischen Wesens lange Zeit hindurch ausgesetzt waren, fand eine Ausgleichung des Widerspruchs zwischen jenem Wesen und ihrem nationalen Leben statt; aber das Resultat dieses Ausgleichungsprocesses war schließlich die Vernichtung ihrer Nationalität. So könnte die Ausgleichung möglicher Weise auch bei uns vor sich gehen, und wenn wir bekennen müssen, daß das römische Recht so wenig bei seinem Uebergange nach Deutschland als später eine principielle Veränderung erlitten, dagegen

aber eine beträchtliche Veränderung unseres Lebens und unserer Anschauungsweise hervorgebracht hat, so könnte eine genauere Untersuchung des fraglichen Assimilationsprocesses möglicher Weise das Resultat ergeben, daß nicht das römische Recht unserem Leben assimilirt worden ist, sondern daß vielmehr unser Leben und unsere Anschauungsweise sich nur dem römischen Rechte accommodirt haben. Die Möglichkeit ist wenigstens vorhanden, daß die Ausgleichung des ursprünglichen Widerspruchs nur in einer Abstumpfung oder Entartung unserer nationalen Anschauungsweise ihren Grund, und daß also das römische Recht, statt uns den Anstoß zu einer reichern Entwickelung zu geben, einen corrosiven Einfluß auf unseren Lebensorganismus geübt, und eine Zersetzung unserer Lebenszustände zur Folge gehabt hat. — So gewiß es ist, daß ein lebendiger Organismus fremde Stoffe seinem Wesen assimiliren kann, so gewiß ist es auch, daß nicht jeder Organismus jeden Stoff zu assimiliren vermag, daß es vielmehr Stoffe giebt, welche einer solchen Assimilation schlechterdings widerstehen, und auf den Organismus, in den sie eingedrungen sind, lediglich eine corrosive Wirkung ausüben. Dies gilt für das geistige Leben so gut, wie für das physische, und erst eine genauere Analyse des römischen Rechts und unserer nationalen Anschauungsweise vermag uns folglich darüber zu belehren, ob bei der Individualität beider eine wirkliche Assimilation des römischen Rechts überhaupt möglich ist.

Bei allen Fragen kommen wir daher immer wieder auf die Nothwendigkeit einer solchen genaueren Analyse zurück. Die Lösung dieser Aufgabe hat jedoch nicht bloß für den Juristen von Fach ein Interesse, sondern für jeden, dem es um ein tieferes Verständniß der Gegenwart zu thun ist. — Hat die Re-

ception des römischen Rechts nämlich eine Veränderung unseres Rechtsbewußtseins zur Folge gehabt, — und das ist ganz unbestreitbar, — so beschränkt sich diese Veränderung nicht darauf, daß wir die in den Kreis des Privatrechts fallenden Lebensverhältnisse jetzt anders beurtheilen und auffassen, als dies vor jener Reception geschah; sie erstreckt sich in ihren Wirkungen nothwendig weiter. Bei der innigen organischen Verbindung, in der alle Bestandtheile und Functionen des Lebens einer Nation mit einander stehen, kann eine partielle Veränderung nicht ohne Rückwirkung auf das ganze übrige Leben bleiben, und der Natur der Sache gemäß werden von diesen Wirkungen zunächst und vorzugsweise diejenigen Bestandtheile und Functionen angegriffen werden müssen, welche mit demjenigen Theile, der die Veränderung erlitten hat, die nächste Verwandtschaft und Berührung haben.

Dies gilt hier zunächst von unserem öffentlichen Rechte. — Es ist jetzt freilich allgemein anerkannt, daß nur das römische Privatrecht, nicht auch das römische Staatsrecht recipirt sei. Allein Staatsrecht und Privatrecht stehen in einem so engen Zusammenhange mit einander und greifen vielfach in einander ein, daß mit jener Anerkennung wenig gewonnen ist, da eine wirkliche und vollständige Reception des römischen Privatrechts eine völlige Umgestaltung auch unseres öffentlichen Rechts zur nothwendigen Folge hat. Dies liegt so sehr in der Natur der Sache, daß wir, wenn nicht bedeutende Momente ein Gegengewicht bilden, jene Umgestaltung allmählig ganz unbewußt und absichtslos vollbringen. Die Gestalt des Privat- und Staatsrechts wird nämlich durch die in der sittlichen Anschauungsweise des Volkes wurzelnden Begriffe von Freiheit, Recht und Ehre in gleicher Weise und mit gleicher Nothwen-

digkeit bestimmt; die allgemeinsten Voraussetzungen und Principien beider sind identisch. Mit dem römischen Privatrechte dringen nun natürlich auch diese allgemeinen, dem Staats- und Privatrecht gleichmäßig angehörigen Principien, nach denen dasselbe constituirt ist, in unser Rechtsbewußtsein ein, und dieser Erfolg wird dadurch um so gewisser und vollständiger herbeigeführt, daß das römische Recht zugleich die Grundlage unseres juristischen Studiums bildet. Dadurch leben wir uns mehr und mehr in die römische Anschauungsweise hinein, unsere juristische Denkweise, zumal die des Juristenstandes, wird mehr und mehr auf das römische Recht gegründet, und die nothwendige Folge davon ist denn natürlich die, daß wir auch unser öffentliches Leben vom römischen Standpunkte aus betrachten und bei der Beurtheilung der demselben angehörigen Rechtsverhältnisse von Voraussetzungen ausgehen und mit Begriffen operiren, die beide specifisch römisch sind. Es gilt in dieser Beziehung vom Staatsrechte dasselbe, was oben vom deutschen Privatrechte gesagt ist. Wir mögen es theoretisch als Fehler erkennen; wir verfallen, so lange wir bei unserem juristischen Denken und Urtheilen unbewußt von römischen Voraussetzungen ausgehen, praktisch dessenungeachtet immer wieder in denselben.

Einen gleichen Einfluß hat die durch die Reception des römischen Rechts bewirkte Veränderung unseres Rechtsbewußtseins nothwendiger Weise auch auf unser sittliches und politisches Bewußtsein gehabt. Recht und Sittlichkeit und Recht und Politik sind so eng mit einander zusammenhängende und so nahe verwandte Dinge, daß ein innerer Widerspruch zwischen ihnen auf die Länge unmöglich ist, und daß eine jede wesentliche Veränderung, welche im Rechtsbewußtsein eines Volkes vor sich geht, auch eine entsprechende

Veränderung seines sittlichen und politischen Bewußtseins zur Folge haben muß. Daß diese Veränderung auch bei denjenigen Völkern eingetreten ist, welche römisches Recht recipirt haben, und daß dies insbesondere von denjenigen Volksschichten gilt, welche dem Einflusse des römischen Rechts und überhaupt der römischen Bildung zunächst und vorzugsweise ausgesetzt gewesen sind, ist unzweifelhaft. Das römische Recht ist, wie dies auch schon mehrfach von anderen hervorgehoben ist, nicht nur unser geltendes Recht, sondern dadurch und daneben auch zugleich Culturelement für uns geworden; unsere ganze gegenwärtige Bildung ist wesentlich mit auf dasselbe gegründet, und in unserer Anschauungsweise vieles enthalten, was römischen Ursprungs ist, und hauptsächlich durch Vermittelung des römischen Rechts Eingang in dieselbe gefunden hat. Daraus folgt denn auch von selbst, daß wir erst dann, wenn wir die römischen und germanischen Elemente, aus denen die Anschauungsweise der Gegenwart componirt ist, ihrem Ursprunge und ihrer frühern Beschaffenheit nach zu erkennen, und die Modificationen, welche sie bei ihrer Verbindung mit einander erlitten haben und erleiden mußten, nachzuweisen vermögen, zu einem wirklichen Verständnisse der Gegenwart gelangen und daß wir erst dann ein sicheres Urtheil namentlich darüber gewinnen können, ob eine wirkliche Versöhnung der ursprünglichen Gegensätze, eine organische Verwachsung beider Elemente eingetreten ist, oder ob dieselben, zu einer organischen Verwachsung unfähig, nicht vielmehr nur neben einander existiren, und einen gegenseitigen Vernichtungskampf mit einander führen.

Werfen wir einen unbefangenen Blick auf den Zustand des geistigen Lebens derjenigen Völker, bei denen römisches Recht zur Geltung gelangt ist, und vergleichen wir denselben z. B.

mit dem von England, das sich des römischen Rechts erwehrt hat, so weisen zahlreiche Symptome auf das Vorhandensein unausgeglichener Gegensätze deutlich genug hin. Eine genauere Betrachtung des Kampfes, der gegenwärtig auf fast allen Gebieten des geistigen Lebens mit der größten Erbitterung geführt wird, zeigt uns aber auch, daß in diesem Kampfe zwei ganz entgegengesetzte Principien mit einander um die Herrschaft ringen. Wir finden im Streite mit einander begriffen zwei ganz verschiedene Anschauungsweisen, welche, von völlig entgegengesetzten Voraussetzungen ausgehend und überall zu verschiedenen Resultaten gelangend, mit einander nichts gemein haben, als den Boden, auf dem sie einander bekämpfen. Während die eine, von der Voraussetzung einer sittlichen Weltordnung ausgehend, alles Recht von Gott ableitet, und das ganze Staats- und Rechtsleben auf die Abhängigkeit des Menschen von Gott gegründet wissen will, läßt die andere, vom Begriffe des Subjects und dem Princip der Volkssouveränetät ausgehend, alles Recht aus dem Willen des Volkes hervorgehen, und strebt, die Forderungen des sittlichen und religiösen Bewußtseins für Gewissenssache der Einzelnen erklärend, lediglich den Begriff der subjectiven Freiheit in Staat und Recht zu realisiren. — Klar und scharf formulirt und als fertige Systeme sehen wir diese Gegensätze freilich nur bei den extremen politischen Parteien hervortreten, während die Bekenntnisse der gemäßigten Parteien die mannigfaltigsten Amalgame aus beiden enthalten. Bei jenen zeigen sie sich aber auch eben als schlechterdings unversöhnliche Gegensätze, welche jeder Vermittelung, wie sie von diesen in der verschiedensten Weise erstrebt wird, unfähig sind, und daher unter jeder Verfassungsform den Kampf mit einander immer wieder von Neuem beginnen.

Diese Coexistenz zweier so völlig disparater Anschauungsweisen, wie wir sie bei denjenigen Völkern finden, bei denen römisches Recht zur Herrschaft gelangt ist, ist jedenfalls eine beachtenswerthe Erscheinung. Beide sind so total von einander verschieden, daß sie nicht wohl als verschiedene Entwickelungsphasen eines und desselben Grundprincips angesehen werden können, und daß kaum zu begreifen ist, wie ein Volk, ohne daß ein neues Bildungselement in sein Leben getreten wäre, beide neben einander zu erzeugen vermocht haben sollte. Dazu kommt, daß die eine jener Anschauungsweisen gerade in denjenigen Lebenskreisen, welche dem Einflusse des römischen Rechts und der römischen Bildung zunächst und hauptsächlich ausgesetzt sind, ihre zahlreichsten Vertreter findet und von hieraus sich weiter vorbereitet hat, die andere dagegen hauptsächlich in denjenigen Volksschichten lebt, welche jenem Einflusse von vorn herein ferner gestanden, oder wenigstens die Grundlagen ihres frühern Lebens dem römischen Rechte gegenüber zu bewahren, namentlich dem römischen Familien- und Erbrecht sich zu entziehen vermocht haben. Unter diesen Umständen dürfte es wohl einer genauern Erwägung werth sein, ob jener ganze Gegensatz nicht mit dem durch die Reception des römischen Rechts vermittelten Eindringen römischer Anschauungsweise in Zusammenhang steht, und ob er schließlich nicht auf den Gegensatz zwischen dem Princip des römischen und germanischen Lebens zurückgeführt werden muß.

Schon zum Voraus spricht dafür eine Betrachtung der Herkunft und Geschichte der beiden verschiedenen Anschauungsweisen. Der einen, welche das Königthum von Gottes Gnaden auf ihre Fahne geschrieben hat, ist zu oft der Vorwurf mittelalterlich feudalistischen Charakters gemacht worden, als daß wir die Identität ihrer Voraussetzungen mit denen, worauf die

Anschauungsweise des Mittelalters ruht, noch erst besonders nachzuweisen brauchten. Ihre Nationalität ist zweifellos, und wir können hier vorläufig dahin gestellt sein lassen, ob die Voraussetzungen, von denen sie ausgeht, wirklich blos dem Mittelalter angehören, oder nicht vielmehr specifisch germanische sind, und daher auch noch für die Gegenwart ihre volle Bedeutung haben. — Der Ursprung der andern Anschauungsweise fällt dagegen in die Zeit, als nach dem Verfalle der mittelalterlichen Lebensformation römisches Recht und römische Bildung in das Leben der germanischen Völker eindrangen, und in diejenigen Kreise, welche dieses Eindringen vermittelten. Von welcher Bedeutung der Einfluß war, den sowohl das Studium des römischen Rechts als auch die ganze humanistische Bildung auf die Anschauungs- und Denkweise aller literarisch gebildeter Kreise ausgeübt hat, bedarf keiner nähern Darlegung. Das römische Recht bildete damals den alleinigen Inhalt alles juristischen Wissens und galt allgemein für das allein wahre Recht; in noch höherem Grade, als jetzt, wo wir doch wenigstens die Existenz eines deutschen Rechts anerkennen, war die ganze juristische Denkweise der rechtswissenschaftlich Gebildeten auf dasselbe gegründet. Wenn wir nun in dieser Zeit eine neue Staats- und Rechtslehre entstehen und sich ausbilden sehen, welche, im Gegensatze zu der bisherigen, Staat und Recht als Producte des göttlichen Willens betrachtenden Anschauungsweise, vom Begriffe des Subjects ausgeht und Staat und Recht aus dessen Willen hervorgehen läßt, so liegt der Gedanke an die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen beiden Erscheinungen nahe, und es muß als möglich zugestanden werden, daß die Schöpfer dieser neuen Lehre, welche eben nur römisches Recht kannten und von römi-

scher Anschauungsweise erfüllt waren, bei ihren Speculationen unbewußt von specifisch römischen Voraussetzungen ausgegangen sind, mit römischen Begriffen operirt und so ein System geschaffen haben, das in Wirklichkeit nichts Anderes als eine Abstraction aus dem Inhalte des Corpus Juris, als eine Philosophie des römischen Staats- und Rechtslebens ist. Es ist eine bekannte Thatsache, daß die älteren Naturrechtslehrer, sobald sie ihre Lehren bis ins Detail ausbilden, immer ganz naiv zu dem Inhalt der Institutionen gelangen und nur in einzelnen Punkten, bei denen sie sich von der nationalen Betrachtungsweise nicht zu emancipiren vermochten, davon abweichen. Wenn wir diese Thatsache auch aus dem Umstande erklären zu können vermeinen, daß sie eben kein anderes Recht als das römische kannten, so bleibt daneben doch immer wichtig, daß sie von ihren auf das Subjectivitätsprincip gegründeten allgemeinen Voraussetzungen aus ganz natürlich und ohne Inconsequenz zu Resultaten gelangen, welche mit dem römischen Rechte und nur mit diesem harmoniren, und daß eben diese Resultate ihnen als natürlich und mit ihren Voraussetzungen im Einklange stehend erschienen. Diese Uebereinstimmung gewinnt noch wesentlich an Bedeutung, wenn wir die andere Thatsache damit zusammenstellen, daß umgekehrt auch die Art und Weise, wie die römischen Juristen über Wesen und Entstehung des Rechts und überhaupt über alle allgemeinere Fragen denken, ganz derjenigen rein subjectiven Denkweise homogen ist, welche sich als Niederschlag jener subjectivistischen Rechtsphilosophie gebildet hat und gemeinhin als Philosophie des gesunden Menschenverstandes bezeichnet wird. —

Daß die Schöpfer jenes Systems und seine heutigen Anhänger sich des römischen Ursprungs ihrer Theoreme nicht be-

wußt sind, darf uns nicht irre machen. Dies ging den Juristen, welche in Bologna römisches Recht studirten, und den Humanisten, welche aus römischen Quellen die wahre menschliche Bildung zu schöpfen vermeinten, auch eben nicht anders. Es fiel diesen ebenfalls nicht im Entferntesten ein, daß sie ihrem Vaterlande ein fremdes Recht und eine fremde Bildung brächten; sie glaubten mit derselben Gewißheit und vielleicht mit demselben Rechte, wie jene, daß sie das wahre Universalrecht und die wahre allgemein menschliche Bildung gefunden hätten. Haben sie sich darin getäuscht, und haben die germanischen Völker, welche in dieser Meinung römisches Recht recipirten, sich darin ebenfalls getäuscht; — nun so muß auch die Möglichkeit einer zweiten ähnlichen Täuschung zugestanden werden, und eine genauere Analyse des römischen und germanischen Rechts wird uns vielleicht Gewißheit darüber geben, daß wir uns wirklich in einer ähnlichen Situation und in einer ähnlichen Täuschung befinden, und daß wir, während wir eine neue Aera unseres nationalen Lebens zu begründen, und insbesondere unser Staatsleben auf allgemein gültigen Grundlagen zu reconstruiren meinen, in Wirklichkeit die Art an die Wurzel unseres nationalen Lebens legen, und jetzt nur dasjenige in unserem öffentlichen Leben wiederholen, was am Ende des Mittelalters auf dem Gebiete des Privatrechts mit Erfolg versucht worden ist.

Uebrigens versteht sich von selbst, daß, wenn im Vorstehenden die moderne Staats- und Rechtslehre, welche vom Begriffe des Subjects ausgeht, als eine Philosophie des römischen Staats- und Rechtslebens bezeichnet wird, damit die beträchtlichen Unterschiede zwischen der heutigen Doctrin und dem wirklichen römischen Leben nicht weggeläugnet werden sollen. Zwischen beiden besteht jedenfalls der große Unterschied, der

immer zwischen der reinen Abstraction und dem wirklichen historischen Leben, zwischen dem anatomischen Präparat und dem lebendigen Körper existirt. Die Voraussetzungen und Gedanken, welche die Schöpfer der modernen Doctrin erst auf dem Wege künstlichen Hineinlebens und mühsamer Abstraction gewonnen haben, waren den Römern mit ihrer ursprünglichen Naturanlage von selbst gegeben und in ihrer natürlichen nationalen Anschauungsweise begründet. Daher machte sich bei ihnen die historische Realisirung ihrer Principien, nach denen sich ihr ganzes Leben von selbst zurecht legte, völlig ungezwungen und natürlich. Sie vermögen dieselben auf allen Lebensgebieten mit Sicherheit und Energie durchzuführen, zugleich aber auch, wo eine consequente Durchführung entweder schlechthin oder unter den gegebenen Verhältnissen unmöglich, die dadurch gebotenen Modificationen eintreten zu lassen, — während unsere Doctrinärs, ohne jene natürliche Energie und ohne diesen richtigen Tact, unbekümmert um die untergeordneten Rücksichten praktischer Ausführbarkeit, ein System geschaffen haben, welches in seiner Anwendung auf ein nach anderen Principien gestaltetes Volksleben nothwendig zur Caricatur werden muß. Das römische Staats- und Rechtsleben endlich, — und darin kann der ganze Unterschied zusammengefaßt werden, — war von der entsprechenden sittlichen Anschauungsweise getragen, durch welche jenes System sittlich gerechtfertigt und praktisch möglich wird; die Römer hatten die erforderliche sittliche Kraft, und diejenige republikanische Tugend, welche nach dem Princip ihrer Staats- und Rechtslehre unabhängig vom Rechte das Leben der Einzelnen regeln soll, und als nothwendiges Complement ihres Staats- und Rechtslebens diesem einen sittlichen Charakter giebt und bewahrt, während die modernen politischen Systeme diesen

Factor, der auf dem Wege theoretischer Abstraction überhaupt nicht gewonnen werden kann, nicht zu reproduciren vermögen, und daher der sittlichen Basis und des sittlichen Charakters entbehren, welche dem römischen Staats- und Rechtsleben in keiner Weise abgesprochen werden können. — Eine völlige Congruenz zwischen dem römischen Rechtsleben und unserer subjectivistischen Rechtsphilosophie soll und kann daher nicht behauptet werden; ja es mag immerhin zugestanden werden, daß, wenn die Römer eine eigene Rechtsphilosophie zu schreiben vermocht hätten, dieselbe in manchen nicht unwesentlichen Punkten von unserer modernen Doctrin abweichen möchte. Für den Zweck der vorliegenden Schrift kam es nur darauf an, die zwischen beiden bestehende Verwandtschaft und ihre Uebereinstimmung in den Hauptpunkten nachzuweisen, indem der Gegensatz, in welchem sie zum germanischen Rechte und zu unserer nationalen Anschauungsweise stehen, bei beiden derselbe ist. Ob und wie weit das beiden gemeinschaftliche Grundprincip bei ihnen verschieden modificirt ist, diese Frage hat für die Ermittelung jenes Gegensatzes kein besonderes Interesse. Daher ist in der vorliegenden Schrift nur die Identität beider hervorgehoben worden, und wenn dabei manche Voraussetzungen und Motive dem römischen Rechte untergelegt sein sollten, welche, wenigstens in dieser Fassung, nur der neuern Philosophie eigen sind, so hat dies einfach darin seinen Grund, weil hier indirect zugleich der Nachweis geliefert werden sollte, daß die vom Begriffe des Subjects ausgehende Anschauungsweise bei uns ein Product des römischen Rechts und der römischen Bildung ist, und weil es für das Verhältniß des römischen Rechts zu unserem Leben weit mehr auf die Ermittelung derjenigen Voraussetzungen und Principien ankommt, welche wir aus dem-

selben entnommen haben, als derjenigen, von denen die Römer bei der Construction desselben in Wirklichkeit ausgegangen sind. Ich würde den Zweck dieser Schrift auch dann für vollständig erreicht halten, wenn mir nur der Nachweis gelungen ist, daß das römische Recht in der Gestalt, wie es zu uns gekommen ist, die von mir versuchte Deutung zuläßt, und daß diese Deutung, wenn sie auch vor einer tiefern historischen Kritik nicht bestehen könnte, doch der neuern subjectivistischen Staats- und Rechtslehre Dasein und Inhalt gegeben hat, diese letztere also eine, gleichviel ob legitime oder illegitime, Tochter des römischen Rechts ist. —

Zur Vermeidung von Mißverständnissen möge hier zum Schlusse noch eine Bemerkung Platz finden. Das römische Recht hat verschiedene Entwickelungsphasen durchgemacht; eine Reihe von Generationen hat dasselbe, jede nach ihren Anschauungen und Bedürfnissen, weiter entwickelt und umgestaltet, und wir können in der Geschichte des römischen Rechts mehrere Bildungsperioden von ganz verschiedenem Charakter erkennen. Unter diesen Umständen, und da der zu uns gekommene Inhalt des Corpus Juris das Resultat dieser verschiedenen Entwickelungsperioden ist, bedarf es einer Erklärung, in welchem Sinne bei den nachfolgenden Erörterungen der Begriff des römischen Rechts genommen, und wie dabei das Verhältniß der verschiedenen Rechtsbildungen zu einander aufgefaßt ist. — Wie mir scheint, müssen in der Geschichte des römischen Rechts, so weit es in den Kreis der den Inhalt dieser Schrift bildenden Betrachtungen fällt, drei Perioden unterschieden werden: die Periode des alten jus civile oder jus Quiritium, die des jus gentium und die der spätern christlichen Kaiserzeit. In der ältesten Zeit finden wir neben dem jus

Quiritium freilich noch eine andere Rechtsbildung, welche wir hier der Kürze halber im Gegensatze zum jus Quiritium, welches seine Ausbildung hauptsächlich durch die Plebs erhielt, als patricisches Recht bezeichnen wollen. Dieselbe ist jedoch im Verlaufe der Zeit, und zwar bis auf wenige Reste, die sich länger erhielten, ziemlich frühe durch das jus Quiritium verdrängt worden, und aus demjenigen, was wir über sie wissen, können wir nur noch eben so viel erkennen, daß ihr Charakter von dem des jus Quiritium völlig verschieden war, und daß dieses letztere, wie auch allgemein anerkannt ist, eine von ihr unabhängige selbstständige Rechtsbildung war. Jenes ältere patricische Recht interessirt uns hier überall nicht; wir haben es hier vielmehr nur mit dem sich unabhängig daneben entwickelnden Rechte zu thun, dessen erste Entwickelungsphase das jus Quiritium ist, und das z. B. im Staatsrechte mit Bestimmtheit zuerst in der Servianischen Verfassung zu erkennen ist. Auf die Existenz jenes Rechts war hier nur hinzuweisen, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob das, was im Verlaufe der Schrift vom römischen Rechte gesagt ist, auch auf das ältere patricische Recht habe bezogen werden sollen, und weil zu Anfang der geschichtlichen Zeit bei den Römern manche Institutionen und Rechtsnormen uns begegnen, welche mit dem Charakter des römischen Rechts, so wie der Begriff hier gefaßt ist, durchaus nicht harmoniren.[3]) — Als die erste und ursprüngliche Entwickelungsphase des römischen Rechts, das zu uns gelangt ist, und mit dem wir es daher hier nur zu thun haben, ist also

[3]) Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. 1, der ebenfalls das Princip des subjectiven Willens für den Grundquell des römischen Rechts

das jus Quiritium anzusehen, das in seinen Formen und Institutionen den specifischen Charakter des römischen Rechts bereits in der vollsten Schärfe und Klarheit hervortreten läßt. — Auf diese Rechtsbildung folgt, vermittelt durch das den Uebergang bildende Prätorische Recht, als zweite Entwickelungsphase das jus gentium. Das Grundprincip desselben ist mit dem des alten jus civile ganz identisch: beide gehen in gleicher Weise von dem Begriffe des Subjects als ihrer obersten Voraussetzung aus, und der allerdings scharfe Gegensatz zwischen beiden besteht seinem Wesen nach nur darin, daß das alte jus civile den Charakter der Gebundenheit und Ausprägung in feste starre Formen trägt, die freiere Behandlung des Rechtsstoffes dagegen dem jus gentium seine eigenthümliche Gestalt giebt. In dieser zweiten Entwickelungsphase hat das römische Recht seine größte Vollendung erreicht, und zugleich seine wissenschaftliche Durchbildung empfangen, und sich so traditionell bis in die spätere Kaiserzeit erhalten. — Mit dem Christenthume tritt ein neues Moment in das römische Leben ein, das mit den dem römischen Rechte zum Grunde liegenden Principien im Widerspruche stand. Die geistige Kraft des römischen Volkes war aber bereits erschöpft; die spätere Kaiserzeit vermochte ebenso wenig eine neue Rechtsbildung hervorzutreiben, als das ererbte Recht principiell umzubilden, und die Modificationen, wodurch sie das letztere mit

erklärt, und dies im zweiten Bande näher darzulegen verheißt, glaubt dies Princip freilich auch im ältern patricischen Rechte nachweisen, und den fraglichen Dualismus überhaupt wegläugnen zu können. Seine hierauf bezüglichen Ausführungen scheinen mir jedoch unhaltbar zu sein, und er ist anscheinend zu denselben auch überhaupt nur durch die irrige Voraussetzung getrieben, daß das Fundamentalprincip des römischen Rechts nichts specifisch Römisches sei, sondern jedem Rechte zum Grunde liege, und daß die anderen Völker sich dessen nur nicht bewußt seien.

ihren Ansichten in Einklang zu setzen strebte, bestanden im Ganzen und Großen nur darin, daß überall die dem ältern römischen Rechte zum Grunde liegenden Principien theoretisch festgehalten, daneben aber, wo der Widerspruch ihrer natürlichen Consequenzen mit den neueren Ansichten zu schroff hervortrat, durch willkürliches Abbrechen der Spitzen ein praktisch erträgliches Resultat erzielt wurde.

Daß wir unter diesen Umständen bei einer Analyse des römischen Rechts auf die zum großen Theile willkürlichen und principlosen Modificationen der spätern Kaiserzeit kein besonderes Gewicht legen, das römische Recht dabei vielmehr so im Auge haben, wie es als Product des geschichtlichen Lebens der Römer zur Zeit der Republik entwickelt und durch die römischen Juristen wissenschaftlich verarbeitet ist, bedarf um so weniger einer besondern Rechtfertigung, als das römische Recht in der Gestalt, in welcher es im Corpus Juris niedergelegt und zu uns gekommen ist, durchweg den Charakter dieser Bildungsperiode trägt, und die Veränderungen, welche es in der spätern Kaiserzeit erlitten hat, sich in der Regel auf den ersten Blick als singuläre Modificationen der leitenden Principien darstellen.

Erster Theil.

Die Verschiedenheit der obersten Voraussetzung und der principiellen Begriffe des römischen und germanischen Rechts.

Erster Abschnitt.

Die Verschiedenheit der obersten Voraussetzung.

§. 1.

Das Princip der Subjectivität als Grundlage des römischen Rechts.

Das Denken des Menschen, der sich und sein Dasein zu begreifen sucht, bedarf einer bestimmten Voraussetzung, welche den Ausgangspunkt für seine geistigen Operationen bildet, und auf welche sein ganzes Gedankensystem gegründet ist. — Diese Voraussetzung ist entweder das Subject des Denkenden, sein Ich (Princip der Subjectivität), oder die Gesammtheit der ihn umgebenden Dinge, die Welt, und das bewegende und schaffende Princip derselben, der Urgrund aller Dinge, die Gottheit (Princip der Objectivität).

Wenn der Mensch sein Ich zum Ausgangspunkte seines Denkens macht, so erblickt er in sich ein mit Vernunft und

Willen begabtes Wesen, welches vermöge dieser Eigenschaften befähigt, und folglich, — weil der Begriff des Subjects kein Moment enthält, welches ihm in Betreff des Gebrauches dieser seiner Fähigkeit Beschränkungen auferlegte — auch berechtigt ist, selbst zu erkennen, was ihm frommt, und nach eigener Wahl und freiem Entschlusse zu handeln. In dieser naturalis facultas ejus, quod sibi facere libet besteht seine Freiheit[1]), und diese Freiheit muß, — was das Verhältniß der verschiedenen Menschen zu einander betrifft, — nothwendiger Weise als eine unbeschränkte gedacht werden, weil die Coexistenz mehrerer mit Vernunft und Willen begabter Wesen etwas rein Thatsächliches ist, und daher wohl thatsächliche Beschränkungen des Gebrauches seiner Willensfreiheit zur Folge haben, diese selbst aber begreiflicher Weise weder aufheben noch mindern kann.

Freilich sagt dem Menschen sein sittliches und religiöses Bewußtsein, daß ihm nicht alles erlaubt ist, was er vermöge seiner Freiheit thun könnte, und wozu ihn Neigung oder Vortheil verleiten möchte. Allein die daraus für ihn resultirende sittliche Beschränkung seines Willens tangirt seine äußere Freiheit überall nicht. Sie hebt dieselbe nicht auf, weil die Erfüllung oder Uebertretung der sittlichen Normen, welche sich im Gewissen des Menschen manifestiren, schließlich doch Sache seines freien Entschlusses ist. Sie hat aber auch auf sein äußeres rechtliches Verhältniß zu den übrigen Menschen überall keinen Einfluß, weil das Verhältniß des Menschen zu Gott, in welchem sie ihren Grund hat, seiner ganzen Natur nach lediglich Gewissenssache des Einzelnen ist, und sich vermöge

[1]) L. 4, pr. D. de statu hominum.

seiner Innerlichkeit jeder Beurtheilung von Seiten anderer Menschen entzieht. In dem Verhältnisse, in welchem der Mensch zu Gott steht, steht er auch eben nur zu diesem. Wenn er ihm für seine Gewissensübertretungen Rechenschaft schuldig ist, so vermag Gott, der das Innere des Menschen kennt, auch allein ein gerechtes Urtheil über sein Verschulden zu fällen, und Gott hat nicht nur das Recht zu strafen, sondern auch das Recht zu vergeben. Für seine Gewissensübertretungen ist der Mensch daher nur Gott verantwortlich, und das Abhängigkeitsverhältniß, in welchem er zu ihm steht, läßt in seinen Consequenzen, statt die unbeschränkte Freiheit der Menschen im Verhältnisse zu einander aufzuheben, diese grade als eine sittliche Nothwendigkeit erscheinen. Die Erfahrung zeigt nämlich, daß die Menschen zwar über einige allgemeine ethische Principien einverstanden sind, daß aber für den concreten Fall die sittlichen Urtheile oft weit aus einander gehen, und es bedarf keines besondern Beweises, daß der Mensch, der vermöge seiner Persönlichkeit befähigt und berechtigt ist, die sittlichen Normen, welche sich in seinem Gewissen manifestiren, selbst zu erkennen, bei einer solchen Divergenz der Ansichten auf sein eigenes Urtheil verwiesen ist, und daß er sich wegen einer Handlung, die sein eigenes Gewissen verdammt, vor Gott nicht durch den Beifall anderer Menschen rechtfertigen kann. Mit dieser Stellung des Menschen zu Gott ist jedes Abhängigkeitsverhältniß zu anderen Menschen, weil es ihn hindern könnte, in sittlichen Fragen seiner eigenen subjectiven Ueberzeugung gemäß zu handeln, unverträglich, und die absolute Freiheit des Einzelnen im Verhältnisse zu den übrigen Menschen ist daher nicht nur eine logische Consequenz aus dem Begriffe des Subjects, sondern zugleich auch ein aus seinem Verhältnisse zu

Gott sich ergebendes *ethisches Postulat*, weil derjenige, welcher der Willensherrschaft eines Andern unterworfen ist, dadurch auch gezwungen werden kann, und unter Umständen voraussichtlich gezwungen werden wird, nach der subjectiven Ueberzeugung des Herrschenden und gegen sein eigenes Gewissen zu handeln. Das Recht, in sittlichen Fragen lediglich seiner eigenen Ueberzeugung folgen zu dürfen, ist eben der schönste Bestandtheil der Freiheit des Menschen; durch ihn erhält der Begriff der absoluten Freiheit seine ethische Rechtfertigung, und wird die Freiheit zum höchsten Gute.

Wenn die Menschen daher auch durch ihr Verhältniß zu Gott innerlich und *sittlich* gebunden sind, in ihrem äußerlichen und *rechtlichen* Verhältnisse zu einander müssen sie als absolut frei und unabhängig von einander gedacht werden, und wenn wir in der Wirklichkeit Subjectionsverhältnisse der verschiedensten Art finden, welche mit jener Annahme in Widerspruch stehen, so müssen diese nothwendig später im Laufe der Zeit entstanden sein, und ein anderer ursprünglicher, jenem Postulate entsprechender, Zustand als den bestehenden Verhältnissen, mindestens dem Begriffe nach, voraufgegangen gedacht werden [2]). — In diesem Zustande *natürlicher Freiheit*,

---

[2]) Ein solcher ursprünglicher Zustand wird auch von den römischen Juristen vorausgesetzt. L. 4 D. de just. et jure: (Manumissio) a jure **gentium originem sumsit**; utpote quum *jure naturali omnes liberi nascerentur*, nec esset nota manumissio, quum *servitus esset incognita*. *Sed posteaquam jure gentium servitus invasit*, — — — et quum uno naturali jure nomine homines appella**remur, jure gentium tria** genera esse coeperunt: liberi, — servi, — liberti. — L. 4, § 1, 3 D. de statu hominum: Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno *contra naturam* subjicitur. — **Mancipia vero dicta**, quod *ab hostibus manu capiuntur*. —

wie er von den Neueren genannt wird, stehen die Menschen sich, wie dies aus dem Begriffe der absoluten Freiheit von selbst folgt, rechtlich einander fremd und pflichtlos gegenüber. Die durch das Sittengesetz (natura) zwischen den einzelnen Menschen begründeten Beziehungen und gegenseitigen Pflichten sind eben nur sittliche (obligationes naturales), deren Beurtheilung und Erfüllung lediglich dem subjectiven Ermessen und Gewissen der Einzelnen überlassen bleibt. Ein rechtlicher Zwang zu ihrer Erfüllung existirt nicht, und rechtlich stehen die Menschen außerhalb des Staates einander als hostes gegenüber, zwischen denen lediglich das Recht der Stärke gilt[3]), und welche vermöge des natürlichen Strebens der Menschen, ihre Herrschaft über die Außenwelt auf Kosten der Freiheit anderer auszudehnen, mit einander in Krieg gerathen, und sich gegenseitig zu unterjochen suchen. — Dadurch erleidet das ursprüngliche Verhältniß der Menschen zu einander mit der Zeit manche Veränderungen, und an die Stelle der ursprünglichen Freiheit aller treten Abhängigkeitsverhältnisse, welche ihren natürlichen Entstehungsgrund darin haben, daß der Stärkere den Schwächern seiner Gewalt unterwirft. So entsteht

L. 30 D. de reg. juris: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt. Daß diese Voraussetzung eine ernstlich gemeinte ist, ergiebt sich aus L. 64 D. de cond. indeb., wo aus dem Satze: libertas naturali jure continetur, dominatio ex gentium jure introducta est, die praktische Folge gezogen wird, daß der Herr, der dem Freigelassenen zahlt, was er dem Sklaven schuldig war, die condictio indebiti nicht habe.

³) Die römische Ansicht über die Beschaffenheit des Zustandes außerhalb des Staates spricht sich am klarsten in der rechtlichen Stellung der Peregrinen aus, zwischen denen und den Römern eben nur das Recht der Stärke gilt. Vergl. unten §. 5.

namentlich die Sklaverei, welche „posteaquam jure gentium invasit", und regna [4]).

Die Gefahr, welche hieraus für die persönliche Freiheit jedes Einzelnen entspringt, so wie die Erwägung, daß eine Vereinigung mehrerer zum gleichen Zwecke ihrem Streben nach Ausdehnung ihrer Herrschaft größere Erfolge sichert, treibt die Einzelnen nun, sich zu Schutz und Trutz mit einander zu verbinden. So entsteht der *Staat*, der hiernach *durch einen Willensact der Einzelnen*, *durch Vertrag*, gegründet wird. Die Menschen gründen ihn, nicht in Anerkennung einer höheren sittlichen Nothwendigkeit und um eine höhere sittliche Idee zu realisiren, sondern zur Sicherung ihrer persönlichen Freiheit, und um ihre Herrschaft nach außen hin mit besserem Erfolge ausdehnen zu können, und der Staat hat demnach einen doppelten Zweck: nach außen *die Herrschaft der ihn bildenden Personen auszudehnen*; nach innen *die Freiheit der Einzelnen gegen Eingriffe und Störungen zu schützen*.

Die Realisirung des ersten Zweckes macht sich von selbst. Das Verhältniß der den Staat bildenden Personen zu den übrigen Menschen hat durch die Gründung des Staates keine Veränderung erlitten. Es gilt zwischen ihnen nach wie vor das Recht der Stärke, und jene benutzen ihre Ueberlegenheit, so gut sie können [5]).

---

[4]) L. 5 D. de just. et jure: Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, etc.

[5]) Wenn dies Motiv von den Neueren gewöhnlich übersehen wird, so ist dies ein logischer Fehler. Haben die Menschen das natürliche Streben und das Recht, ihre Herrschaft auf Kosten der Freiheit Anderer auszudehnen, und erzeugt dies Streben außerhalb des Staates ein bellum omnium

Der zweite Zweck wird dadurch realisirt, daß durch eine strenge, unverbrüchliche und zugleich klar und scharf gezeichnete Rechtsordnung die Freiheit der einzelnen Staatsbürger sicher gestellt wird. Wie diese Rechtsordnung zu gestalten sei, das hängt freilich lediglich von dem Willen der Gesammtheit ab, auf welche durch die Gründung des Staates die Souveränetät der Einzelnen übergegangen ist, und welche damit das unbeschränkte Recht erhalten hat, verbindliche Normen für die Einzelnen festzustellen. Weil aber die Einzelnen sich grade zum Schutze ihrer Freiheit mit einander zum Staate verbinden, so können sie auch als vernünftige Wesen von ihrer ursprünglichen Freiheit nur so viel opfern wollen, als hierzu nothwendig ist; und das oberste Princip für die Gestaltung des Rechts wird folglich die Wahrung und Sicherung der ursprünglichen Freiheit der Einzelnen sein müssen. Die Menschen entsagen bei der Gründung des Staats nicht ihrer Freiheit, sondern nur dem Kriege gegen einander, und die Aufgabe des Staats beschränkt sich folglich einfach darauf: die Rechtssphären der einzelnen Staatsbürger abzugrenzen und gegen Verletzungen zu sichern; dagegen innerhalb seiner Rechtssphäre dem einzelnen Rechtssubjecte seine volle ursprüngliche Souveränetät ungeschmälert zu lassen.

Freilich könnte der Staat vermöge der auf ihn übergegangenen Souveränetät der Einzelnen auch die Vorschriften des

---

contra omnes, so ist kein vernünftiger Grund denkbar, warum die einen Staat gründenden Menschen auf die Realisirung dieses Strebens den übrigen Menschen gegenüber verzichten sollten. Der Zweck des Staates fordert nur, daß sie dem Kriege unter einander, nicht aber auch dem Kriege gegen die übrigen Menschen entsagen.

Sittengesetzes, mindestens soweit die Gesammtheit bei deren Erfüllung interessirt ist, zu Rechtsvorschriften erheben. Allein dies muß für schlechterdings unzulässig und dem Zwecke des Staates widersprechend erklärt werden. Zunächst nämlich geht die auf das Subjectivitätsprincip gegründete Anschauungsweise, statt von der Voraussetzung eines höhern allgemein gültigen Sittengesetzes grade von dem Begriffe des Subjects und der Berechtigung desselben aus, die in seinem Gewissen sich manifestirenden Vorschriften des Sittengesetzes selbst zu erkennen, und dieser seiner subjectiven Erkenntniß gemäß zu handeln. Sie gesteht also den sittlichen Vorstellungen jedes Einzelnen eine subjective Wahrheit, aber weil erfahrungsmäßig dieselben häufig von einander abweichen, und jeder seiner Ueberzeugung gemäß zu handeln berechtigt ist, auch nur eine solche zu. Der Inhalt des Sittengesetzes ist nach ihr überall nicht objectiv, sondern nur subjectiv erkennbar, und ein Staat, der ihn zum Recht erheben wollte, würde in Wirklichkeit nur die subjectiven sittlichen Vorstellungen der jeweiligen Gewalthaber oder der Majorität zum Rechte erheben, und damit einen durch seinen Zweck nicht gerechtfertigten Gewissenszwang gegen alle Andersdenkenden ausüben. Sodann aber beruht damit zusammenhängend das ganze Wesen dieser Anschauungsweise grade in der strengen Unterscheidung des innern sittlichen Verhältnisses der Menschen zu Gott und ihres äußern rechtlichen Verhältnisses zu einander. Das erste ist nach ihr bereits von Anfang an durch Gott selbst geordnet, und bedarf daher nicht nur keiner äußern Regelung, sondern läßt dieselbe auch wegen seiner Innerlichkeit nicht zu. Die Aufgabe des Staates ist eben nur, das Letztere zu regeln, und das hierfür sich ergebende Princip ist folglich

nothwendig grade, daß das Recht jedes Einzelnen, in sittlichen Fragen lediglich seiner subjectiven Ueberzeugung folgen zu dürfen, welches eben den edelsten Bestandtheil seiner Freiheit bildet, ungeschmälert bleibe. Daß Einzelne diese Freiheit mißbrauchen werden, ist freilich vorauszusehen. Allein das ist eine Sache, die nur ihr inneres sittliches Verhältniß zu Gott, nicht ihr äußeres rechtliches Verhältniß zu den übrigen Menschen berührt, und die sie daher lediglich mit Gott und ihrem Gewissen abzumachen haben. Der Staat ist weder berechtigt, sich in dies ihr Verhältniß zu Gott zu mischen, noch darf er die Menschen im Voraus ihrer sittlichen Freiheit berauben, um dem möglichen Mißbrauche vorzubeugen, den sie von derselben machen könnten [6]).

Dies sind die Gedanken, welche dem römischen Staats- und Rechtsleben zum Grunde liegen, und von den Römern praktisch verwirklicht sind. Als zusammenhängendes philosophisches System finden wir sie bei ihnen freilich nicht dargestellt, dazu fehlte ihnen sowohl die Fähigkeit, als auch das erforderliche Interesse für dergleichen speculative Betrachtungen. Daß sie aber in Wirklichkeit bei der Gestaltung des römischen Rechts maaßgebend gewesen sind, wird eine nähere Analyse desselben, wie sie in dieser Schrift versucht werden soll, zeigen [7]). — Hier nur folgende allgemeine Bemerkungen.

---

[6]) Daß übrigens eine consequente Durchführung dieses Princips praktisch unmöglich ist, und daß daher auch die Römer sich häufig genöthigt gesehen haben, im Interesse der Sittlichkeit hinterher und auf indirectem Wege den Consequenzen jenes Princips entgegen zu arbeiten, wird an einer andern Stelle darzulegen sein.

[7]) Wie übrigens in der Einleitung bereits bemerkt ist, lege ich darauf gar kein Gewicht, ob die Römer, wenn sie eine eigene Rechtsphilosophie zu schreiben vermocht hätten, ihre Gedanken in allen Punkten genau so formulirt haben würden, als in der vorstehenden Darstellung geschehen ist.

Es ist der Lehre vom Naturzustande und von der Entstehung des Staates durch Vertrag oft genug vorgeworfen worden, sie entwürdige die Menschen, indem sie dieselben als Räuber, aller religiösen und sittlichen Motive baar und ledig darstelle; sie widerspreche aller historischen Erfahrung, indem die Staaten nicht durch Vertrag gebildet würden, sondern aus der Familie und dem Stamme allmählig erwachsen, und nicht durch einen Willensact der Menschen, sondern durch eine höhere sittliche Nothwendigkeit entstanden seien u. s. w. — Allein so begründet diese Einwendungen auch an und für sich sein mögen, und so entschieden wenigstens die Sagen fast aller geschichtlichen Völker beweisen, daß diese sich so ihre Entstehung nicht gedacht haben, so ist es doch jedenfalls von der größten Bedeutung, daß die römische Sage von der Gründung der Stadt eine Ausnahme davon macht, und daß der römische Staat entweder wirklich, oder doch nach der im römischen Volke lebenden Tradition auf die obige Weise entstanden ist. — Romulus und Remus, die Zwillingssöhne einer geschändeten Vestalin, ausgesetzt an den Ufern des Tiber und von einem Raubthiere gesäugt, stellen sich, zu Jünglingen herangewachsen, an die Spitze einer Freischaar, die, ein räuberisches Leben führend, kein anderes Gesetz anerkennt, als ihren Willen, und gründen mit dieser an der Stelle, wohin man sie bei ihrer Ausstoßung aus der menschlichen Gesellschaft ge-

---

Der Cardinalpunkt ist die principielle scharfe Unterscheidung zwischen Recht und Sittlichkeit, weil in ihr das Wesen des Subjectivitätsprincips besteht; und wenn sich nachweisen läßt, daß das römische Recht und unsere subjectivistische Rechtsphilosophie darin zusammentreffen, so sind die sonstigen Unterschiede zwischen beiden, so groß ihre praktische Bedeutung auch sein mag, principiell unerheblich.

worfen, die Stadt Rom. Um die Macht des jungen Staates zu vergrößern, legt Romulus ein Asyl an; allerlei Volk, was aus irgend einem Grunde die Heimath zu meiden sich veranlaßt sieht, wird ohne Unterschied aufgenommen, und so findet sich in Rom eine Schaar von Männern zusammen, mit der die benachbarten Stämme, als mit einem von ihnen gleich sehr verachteten und gefürchteten Räubergesindel kein connubium eingehen wollen. Sie weisen die römischen Gesandten mit Hohn zurück, und die Römer, um Weiber zu bekommen, rauben mit treuloser Verletzung des Gastrechts die Weiber und Töchter der Sabiner. —

Ob diese Erzählung in der Hauptsache auf geschichtlichem Grunde beruht oder eine Sage ist, ist ziemlich gleichgültig. Im erstern Falle, wenn also Rom nicht aus einem alten, natürlich zusammengehörenden Stamme organisch erwachsen, sondern, wie Hegel dies ausdrückt, durch eine Räuberbande gegründet wäre, so wäre es eben ausnahmsweise in Wirklichkeit so entstanden, wie die auf das Subjectivitätsprincip gegründete Staats- und Rechtslehre die Entstehung des Staates darstellt. Die Gründer Roms wären dann in Wirklichkeit Menschen, welche, — wenn auch nicht ohne Vater und Mutter auf die Welt gekommen — doch sich losgesagt hätten von jedem Familiennexus und von all den sittlichen und natürlichen Banden und Verhältnissen, in welche sie durch ihre Geburt getreten waren, daher absolut freie Männer und im Uebrigen ein bellum omnium contra omnes zu führen ganz die Leute waren. Sie haben dann wirklich den römischen Staat durch einen Willensact, durch Vertrag gegründet, und gehören ihm lediglich durch ihren freien Willen an. Sie haben ihn endlich nicht in Anerkennung einer höhern sittlichen Nothwendigkeit und um einen

höhern sittlichen Zweck zu realisiren, sondern lediglich zum Schutze ihrer persönlichen Freiheit und Zwecks Ausdehnung ihrer Herrschaft nach außen gegründet.

Wenn dagegen die obige Erzählung eine allen geschichtlichen Grundes entbehrende Sage ist, so gewinnt sie als solche nur eine um so größere Bedeutung für die Analyse der römischen Anschauungsweise. In der Sage, mit der ein Volk seine Wiege schmückt, spricht sich eben so bestimmt, als in seinem geschichtlichen Leben sein Charakter aus, ja noch treuer, weil das Volk dabei an keine Wirklichkeit gebunden ist, oder doch diese seinem innern Bedürfniß gemäß gestalten kann; und das Bild, welches die Sage eines Volkes von den Stammeltern desselben entwirft, ist nur ein Spiegelbild seines eigenen geistigen Lebens. Wenn daher die Erzählung von der Entstehung Roms wirklich nur Sage ist; — nun so hat der römische Charakter im Laufe der Zeit eine solche Färbung, und das römische Staats- und Rechtsleben eine solche Gestalt gewonnen, daß die Römer sich die Entstehung ihres Staates eben nicht anders zu denken vermögen, als sie thun. Wie dies möglich ist, wie ein Volk zu einem solchen Sagenkreise kommen und seine Stammeltern als ein Räubergesindel darstellen kann, dem die benachbarten Stämme das connubium verweigern, dies läßt sich am besten und einfachsten erklären, wenn man damit die parallele Erscheinung vergleicht, welche die moderne Rechtsphilosophie uns bietet. Wie für Hugo Grotius und seine Nachfolger ein Zustand natürlicher Freiheit vor dem Staate ein logisch nothwendiger Ausgangspunkt für ihr, aus dem römischen Leben abstrahirtes System ist, so ist es auch den Römern ergangen. Sie können sich die Entstehung Roms eben nicht anders denken, und diese Entstehungsgeschichte, sei sie nun Geschichte oder Sage, ist eben

nichts Anderes, als die moderne Theorie vom Naturzustande und von der Entstehung des Staates durch Vertrag im Gewande der Erzählung, nur ungeschminkter und naiver.[8]) — Für die Plebs, welche grade der Boden war, auf dem das jus Quiritium erwachsen ist, hat übrigens jene Sage jedenfalls in sofern eine historische Wahrheit, als sie durch Einwanderung aus den verschiedenen umherliegenden Stämmen entstand. Sie wenigstens bildete kein natürlich zusammengehöriges Ganze, war daher auch nicht in gentes, sondern nach Districten getheilt, und jeder einzelne eingewanderte Plebejer gehörte dem römischen Staate nur in Folge seines persönlichen Entschlusses an. Für die Plebs hat daher der Gedanke, der sich in jener Sage verkörpert hat, seine volle Wahrheit, nur daß dabei ihre Einfügung in den römischen Staat mit der Gründung desselben

---

[8]) Aehnlich faßt Ihering a. a. O. S. 90 ff. die Bedeutung der Sage auf, indem er ebenfalls in ihr die römische Ansicht über die Entstehung des Staates ausgedrückt findet. „Selbst die Familien müssen sich in Rom bilden; Rom erhält zur Aussteuer nichts als Männer, die auf der Anfangsstufe der Geschichte stehen, Schiffbrüchige, die in sittlicher Beziehung nackt ans Land getrieben werden, also so gut sind, als wären es die ersten Menschen, die die Natur producirt hat. Sie haben keine Vergangenheit, gehören nicht einem und demselben Volke an, sondern sind von allen Ecken zusammengelaufen; bringen kein gemeinsames Recht, keine gemeinsamen Götter mit, keine Scheu vor alle dem, was den damaligen Völkern werth und heilig war, und werden daher auch von diesen wie ein Auswurf der Menschheit betrachtet. — Die erste Scene also in dieser Kosmogonie der römischen Welt ist die absolut erste Stufe der Geschichte überhaupt, die Herrschaft der Willkühr und Gewalt. — Sodann folgt als zweite Scene die Entstehung der Gemeinschaft, eine Verbindung zu räuberischen Zwecken, und aufrecht erhalten durch Gewalt und militairische Disciplin" ꝛc. S. 94. Interessant ist übrigens zu sehen, wie die innere Wahrheit der Sage sich an Ihering selbst bewährt, indem dieser selbst von seinem römischen Standpunkte aus zu Ansichten kommt, welche im Wesentlichen mit denen der Naturrechtslehrer übereinstimmen.

identificirt ward, und diese Identification beruht auf einer ganz natürlichen Ideenassociation, indem die Plebs, welche ihre eigene Entstehung erlebte, durch die Art dieser Entstehung ganz von selbst auf den Gedanken gebracht wurde, daß die Patricier sich zu Anfang ebenso zusammen gefunden hätten, wie sie selbst sich später zusammen fand. —

Und entspricht nicht auch das ganze geschichtliche Leben der Römer dieser Sage? — Fragen wir nach den Lebensaufgaben, welche das römische Volk sich gesetzt hat, so sind es nach außen: die Eroberung der Welt, nach innen: die Sicherung der persönlichen Freiheit durch eine vollendete Rechtsordnung; und sie haben dieselben in einer Weise gelöst, die in Weltgeschichte einzig dasteht. Alle anderen Interessen nehmen nur eine untergeordnete Stelle in ihrem Leben ein; jene Aufgaben haben sie dagegen mit der größten Energie und Beharrlichkeit verfolgt, und wie ihr ganzes Wesen den Charakter nüchternen Ernstes und praktischer Verständigkeit trägt, so spricht sich dieser Charakter auch sowohl in ihrem Streben nach der Weltherrschaft, als in ihrer Rechtsbildung aus. Es ist keine höhere sittliche Idee, die sie treibt, die Welt zu unterjochen; sie wollen mit der eroberten Welt durchaus nichts Besonderes anfangen; sie erobern sie nur, um sie zu beherrschen. Es ist auch nicht kriegerische und thatenlustige Stimmung, die sie unablässig in den Kampf treibt. Für die Poesie, die im Kampfe liegt, ist ihr nüchterner Sinn unempfänglich; von all den Erscheinungen, welche sonst ein kriegerisches Volk charakterisiren, ist bei ihnen keine Spur zu finden; sie kämpfen nicht wie Soldaten um des Sieges und Ruhmes willen, sondern als Bürger des römischen Staats um der praktischen Vortheile willen, welche der Sieg gewährt. Sie sind im eigentlichsten

und vollsten Sinne des Worts ein Volk von Eroberern, Wesen, wie die Naturrechtslehrer die Menschen schildern, deren ausschließliches oder doch dominirendes Streben die Ausdehnung ihrer Willensherrschaft ist; die Weltherrschaft ist ihnen Selbstzweck und letztes Ziel.[9]) —

In derselben Weise haben sie die andere Lebensaufgabe gelöst. Schon die Thatsache, daß die Römer ihre ganze Lebenskraft der Lösung dieser Aufgabe gewidmet, ist bezeichnend. Für jedes Volk freilich ist die Aufrichtung einer seinen Anschauungen und Lebensverhältnissen entsprechenden Rechtsordnung ein unabweisliches Bedürfniß; allein kein anderes Volk hat dies für die erste und hauptsächliche Aufgabe seines Lebens gehalten. Die Römer aber harmoniren hierin wiederum mit den Ansichten unserer subjectivistischen Staats- und Rechtslehrer, welche dies ebenfalls für die erste Aufgabe des Staates halten; nur daß diese thörichter Weise ihr Ziel durch Publication eines vollständigen Gesetzbuches erreichen zu können vermeinen, das römische Volk dagegen an der Ausbildung einer klaren und bis ins feinste Detail entwickelten Rechtsordnung sein ganzes Leben hindurch gearbeitet hat.

Endlich aber entspricht auch der Inhalt des römischen Rechts vollkommen den oben angegebenen Grundsätzen. Im Gegensatze

---

[9]) Ihering a. a. O. S. 285 ff. beurtheilt den Charakter der Römer ebenso. Nach ihm — S. 292. 293 — ist „Selbstsucht das Motiv der römischen Universalität, der Grundzug ihres Wesens," und zwar „eine grandiose Selbstsucht, großartig durch die Ziele, die sie sich gesetzt hat, bewundernswürdig in ihren Conceptionen, ihrer Logik, ihrer Fernsichtigkeit, imponirend durch die eiserne Energie, die Ausdauer und Hingebung, mit der sie ihre fernen Ziele verfolgt." — Hierin findet er die Prädestination der Römer zur Cultur des Rechts; denn nach ihm ist „das Recht die Religion der Selbstsucht."

zu dem Rechte fast aller anderen geschichtlichen Völker, welche bei der Gestaltung des Rechts von dem Inhalte des Sittengesetzes ausgehen und dasselbe dessen Vorschriften gemäß construiren, scheidet das römische Recht das innerliche sittliche Verhältniß des Menschen zu Gott und sein äußeres rechtliches Verhältniß zu den übrigen Menschen ganz in der oben angegebenen Weise, und beschränkt sich, die Erfüllung des erstern dem Gewissen der Einzelnen überlassend, auf die Regelung des letztern. Es geht dem zufolge auch von der Voraussetzung aus, daß die Menschen, wie sie auch sittlich zu einander stehen mögen, rechtlich einander ursprünglich fremd und pflichtlos gegenüber stehen, und realisirt das Princip der subjectiven Willensfreiheit ganz, wie oben angegeben, dadurch, daß es die Rechtssphären der Einzelnen gegen einander abgrenzt, innerhalb seiner Sphäre aber jedem für sein subjectiv sittliches Ermessen die volle ursprüngliche Freiheit läßt.

Dabei muß jedoch gleich hier auf einen Punkt aufmerksam gemacht werden, in welchem das römische Recht sich durch seine größere Consequenz von der heutigen subjectivistischen Staats- und Rechtslehre unterscheidet, und der für die praktische Realisirbarkeit der beiden zum Grunde liegenden Principien von der größten Bedeutung ist. Während die moderne Doctrin inconsequenter Weise die durch Staat und Recht zu realisirende Freiheit für alle Menschen vindicirt, hält das römische Recht daran fest, daß, wenn auch jure naturali alle Menschen frei sind, sie doch berechtigt sind, einander zu unterjochen, und daß die sich zum Staate mit einander verbindenden Personen diesen nicht gründen, um das goldene Zeitalter und den ewigen Frieden zurückzuführen, sondern um in dem gegenwärtigen eisernen Zeitalter ihre persönliche Freiheit zu realisiren. Die durch das

Recht zu realisirende Freiheit kann und soll folglich nicht Allen, sondern nur den den Staat gründenden und den von diesen in ihre Gemeinschaft später recipirten Personen gewährt werden, und wie sich von selbst versteht, daß nur solche Personen als Gründer des Staats gedacht werden können, welche derzeit ihrer Person mächtig und keiner fremden Gewalt unterworfen waren, so versteht sich auch weiter von selbst, daß alle diejenigen, welche schon vorher, wenn auch contra naturam, der Willensherrschaft eines anderen unterworfen werden, dadurch, daß die Herrschenden sich zum Schutze ihrer subjectiven Willensfreiheit mit einander verbinden, nicht frei werden, im Gegentheil die Gründung des Staates grade mit zur Sicherung und Befestigung der Herrschaft, der sie unterworfen sind, dient. Das römische Recht circumscribirt daher ganz consequent seine Aufgabe dahin näher, daß es nicht die Freiheit Aller, sondern nur die Freiheit der einzelnen patresfamilias realisirt, deren Rechtssphären gegen einander abgrenzt, innerhalb seiner Rechtssphäre und in Bezug auf jene familia dagegen dem einzelnen paterfamilias die vorstaatliche Souveränetät ungeschmälert, und seinem Gewissen den sittlichen oder unsittlichen Gebrauch dieser Freiheit überläßt. [10])

[10]) Weiber und Kinder gehören ebenfalls zum Vermögen — familia — des Mannes. Sie sind im Naturzustande die natürliche Beute des stärkeren Mannes und stehen zu diesem, wenn auch nicht in demselben sittlichen, doch in demselben Rechtsverhältnisse wie die Sklaven. Sie sind seiner absoluten Gewalt unterworfen, und dies Verhältniß erleidet, ebenso wenig wie das der Sklaven durch die Gründung des Staats eine Aenderung. Nach der Sage ist Rom nicht von Weibern und Kindern, sondern von Männern gegründet, welche erst nach der Gründung der Stadt sich Weiber raubten. Damit ist das Princip für die rechtliche Stellung der Weiber und Kinder im Staate von selbst gegeben, während die moderne Doctrin, die dies Moment unbeachtet läßt, mit ihnen absolut nichts anzufangen

Es versteht sich übrigens von selbst, daß mit dieser Charakterisirung des römischen Rechts den Römern nicht der Vorwurf der Irreligiösität und Unsittlichkeit gemacht werden soll. Strenger sittlicher Ernst und ein hoher Grad von sittlicher Energie bilden einen Grundzug des römischen Wesens, und wenn das römische Recht den Charakter der Profanität trägt, so liegt der Grund davon bei den Römern nicht sowohl in einer Gleichgültigkeit gegen das Heilige, sondern umgekehrt darin, daß nach ihrer Ansicht das Heilige dadurch profanisirt werden würde, wenn es in das Gebiet des Rechts hinabgezogen würde. Wenn daher das Recht dem einzelnen Bürger die vollste Freiheit innerhalb seiner Rechtssphäre gewährt, so ist die Meinung dabei nicht, daß der Staat bei dem sittlichen oder unsittlichen Verhalten der Einzelnen nicht interessirt sei, sondern vielmehr die, daß nicht Staat und Recht, sondern die Religion und das Gewissen der Einzelnen, so wie die öffentliche Meinung diejenigen Potenzen seien, welche das sittliche Verhalten der Einzelnen zu regeln hätten. [11]) — Nur da, wo diese Potenzen stark genug sind, ein sittliches Verhalten der Einzelnen zu produciren, ist überhaupt ein auf das Subjectivitätsprincip gegründeter Staat auf die Dauer möglich; und wie grade die Thatsache, daß die Römer diese Aufgabe zu lösen vermocht haben, das beste Zeugniß für ihre sittliche Kraft giebt, so sehen wir auch bei der weitern Entwickelung des Rechts mit dem Verfalle der guten Sitten zugleich ein Bestreben hervortreten, diesem Verfalle durch ein indirectes und nachträgliches Einschreiten im Interesse der

---

weiß, und daher immer ganz naiv so thut, als ob es gar keine Weiber und Kinder gäbe.

[11]) Ihering a. a. O. S. 80.

Sittlichkeit entgegen zu arbeiten, und dadurch die aus der principiellen Anlage des Rechts entspringenden Gefahren zu beseitigen.

§. 2.

Das Princip der Objectivität als Grundlage des germanischen Rechts.

Wenn der Mensch dagegen die Gesammtheit der ihn umgebenden Dinge, die Welt, zum Ausgangspunkte seiner Reflexion macht, so sieht er sich von vorn herein zu der Voraussetzung eines höhern, die Welt beherrschenden und regelnden Princips gezwungen, und damit anerkennt er denn auch zugleich eine außer seiner Person liegende objective Macht, von der er sittlich abhängig ist. Wie der Mensch sich diese Macht denkt, ob als persönlichen Gott, oder als unpersönlichen Ethos, darauf kommt zunächst nichts an. Denn in beiden Fällen sind die von jener Macht ausgehenden Gesetze eine Norm, der die Menschen als sittliche Wesen Gehorsam schuldigen, und die Voraussetzung einer höhern, die Welt beherrschenden Macht führt die Reflexion des Menschen daher von selbst zu der Anerkennung, daß es ein über dem subjectiven Willen der Einzelnen stehendes objectives Sittengesetz, ein Ethos giebt, das sich in den unmittelbaren Aeußerungen des sittlichen Bewußtseins der Menschen manifestirt, und Erfüllung seiner Gebote fordert. Wie der Mensch sein Verhältniß zu diesem Sittengesetze formulirt, — ob er von der Voraussetzung eines persönlichen Gottes ausgeht, der die Befolgung und Uebertretung seiner Gebote vermöge seiner Gerechtigkeit vergelten wird, oder ob er jenes Ethos selbst als die höchste Potenz, als das ewige, Götter und Menschen beherrschende Gesetz ansieht, und sich le-

diglich durch die Forderungen seines sittlichen Bewußtseins zu dessen Erfüllung getrieben fühlt, darauf kommt hier wiederum zunächst nichts an. Denn allemal stellt sich ihm die Erfüllung des Sittengesetzes als eine innere sittliche Nothwendigkeit dar, und seine Reflexion wird zu der Anerkennung genöthigt, daß das Glück oder Unglück seines Lebens, sein eigener Werth oder Unwerth durch sein sittliches oder unsittliches Verhalten bedingt ist, und daß sein wahres und höchstes Glück in dem Bewußtsein des durch die Erfüllung jener Pflicht begründeten innern Werthes und in dem dadurch erzeugten Seelenfrieden beruht.

Weil nun das Sittengesetz schon von Anfang an besteht, so kann auch der ursprüngliche Zustand der Menschen vor dem Staate nicht als ein Zustand absoluter Freiheit gedacht werden, in welchem nur das Recht der Stärke gilt. Der Wille der Menschen ist von vorn herein durch das Sittengesetz beschränkt, dieses bildet von Anfang an eine höhere Norm, der die Menschen als sittliche Wesen Gehorsam schuldig sind, und diese Norm muß nothwendiger Weise als eine für alle Menschen gemeinsame und gleiche angesehen werden, weil es eben nur ein Sittengesetz giebt, und alle Menschen demselben in gleicher Weise unterworfen sind. — Dadurch stellt sich der ursprüngliche Zustand der Menschen von vorn herein als ein sittlich geordneter dar. Das Sittengesetz schreibt den einzelnen Menschen ihr gegenseitiges Verhalten zu einander vor; es verbietet z. B. Mord, Diebstahl und Betrug, es gebietet die Erfüllung der Verträge, giebt für das gegenseitige Verhalten der Eltern und Kinder und der Blutsverwandten zu einander Vorschriften 2c., und indem es für jedes factische Verhältniß eine sittliche Norm enthält, regelt es auch die Totalität der Beziehungen unter den

Menschen und legt diesen nach allen Seiten Verpflichtungen gegen einander auf. Von einer Befugniß der Menschen, sich gegenseitig ohne Veranlassung zu tödten oder zu unterjochen, kann daher auch außerhalb des Staates keine Rede sein; im Gegentheil begründet das Sittengesetz unter den Menschen eine Art von Fraternitätsverhältniß, und legt ihnen namentlich die Verpflichtung auf, sich in allen rechten und sittlichen Dingen einander beizustehen.

Allerdings bestehen alle diese Verpflichtungen vor dem Staate nur als sittliche Verpflichtungen, aber sie bestehen doch eben als solche. Auch ist ihre Erfüllung keineswegs blos dem Gewissen der Einzelnen überlassen, sondern in jedem einzelnen Falle durch das Gewissen Aller geschützt. Eines Theils nämlich folgt aus der Verpflichtung der Menschen, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, von selbst, daß sie sich gegenseitig gegen Gewalt und Unrecht zu schützen und zur Erlangung dessen, was dem Einzelnen in Gemäßheit der Vorschriften des Sittengesetzes gebührt, Beistand zu leisten schuldig sind. Andern Theils stellen sich auch die Vorschriften des Sittengesetzes dem sittlichen Bewußtsein des Einzelnen von vorn herein als etwas objectiv Nothwendiges dar, d. h. als etwas, was überhaupt und von Allen gethan und dessen Verwirklichung daher von Jedem gefördert werden muß, und daraus erwächst denn von selbst für jeden Einzelnen die Verpflichtung, nicht nur sein eigenes Verhalten den Vorschriften des Sittengesetzes gemäß einzurichten, sondern auch nach Kräften dahin zu wirken, daß dies überall und von Allen geschehe, — also mit anderen Worten, um uns eines mittelalterlichen Ausdrucks zu bedienen, die Verpflichtung, überall „das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken."

Dieser letzteren Aufgabe nun, wie überhaupt den verschiedenen durch das Sittengesetz ihnen auferlegten Verpflichtungen können die Menschen durch vereinzeltes Wirken nur unvollkommen genügen, und daraus entsteht für sie von selbst die sittliche Nothwendigkeit, sich mit einander für die Realisirung ihrer sittlichen Lebenszwecke zu verbinden. Das Sittengesetz gebietet eine solche Verbindung, es fordert, daß die sittliche Freiheit der Einzelnen gegen Gewalt und Unrecht geschützt, daß Recht und Gerechtigkeit gehandhabt, und überhaupt das Leben der Menschen so geordnet werde, daß jedem die Möglichkeit sittlichen Lebens gewährt wird; — und indem es diese Forderung an die Menschen stellt, erzeugt es das Recht und den Staat.

Das Recht ist demnach ein Product des Sittengesetzes. Die Normen, nach denen die Menschen ihr Verhalten zu einander einzurichten haben, sind, wie gesagt, durch das Sittengesetz bereits gegeben. Sie existiren als sittliche Normen von Anfang an, und vermöge der durch das Sittengesetz allen Menschen auferlegten Verpflichtungen, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen und überall „das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken“ erhalten sie schon vor dem Staate den Charakter nicht blos innerlich zwingender, sondern auch äußerlich geschützter Normen, nur daß dieser Schutz freilich noch den Stempel der Unvollkommenheit und Unregelmäßigkeit trägt. Um dieser Unvollkommenheit willen fordert das Sittengesetz, daß die Menschen sich mit einander zum Staate verbinden und die Realisirung jener Normen durch einen gehörig geregelten äußeren Schutz sichern, und dadurch eben werden jene sittlichen Normen zum Rechte. Das Recht verhält sich folglich zum Sittengesetze, wie der Schmetterling zur Raupe. Wie vom Schmetterlinge, so sprechen wir auch vom Rechte erst dann, wenn es

nach Vollendung seiner Entwickelungsphasen als staatlich geschützte Norm uns entgegentritt. Wie aber der Schmetterling bereits in der Raupe existirt, und diese sich vermöge ihrer inneren Natur zum Schmetterling entwickelt, so existirt auch das Recht bereits im Sittengesetze, und dieses entwickelt sich ebenfalls seinem Wesen gemäß ganz natürlich zum Rechte. Das Recht ist daher wie das Sittengesetz, in dem es enthalten und aus dem es hervorgegangen ist, göttlichen Ursprungs; die Menschen, indem sie sich Gesetze geben, machen es nicht erst, sondern bringen es nur zur Erscheinung, indem sie den in ihrem sittlichen Bewußtsein lebenden Normen den staatlichen Schutz verleihen, und nicht das Recht entsteht aus den Gesetzen, sondern umgekehrt die Gesetze aus dem Recht [1]). Ob man im Uebrigen mit den Griechen das Recht, den *νόμος*, für die ewige, durch sich selbst existirende Regel, der Götter und Menschen gehorchen müssen, oder mit dem Sachsenspiegel und der Augsburgischen Confession für eine von Gott stammende und aus seinem Willen hervorgegangene Norm betrachtet, das hängt lediglich davon ab, wie man sich das höchste Wesen denkt. Darüber aber sind Griechen und Germanen, so wie die meisten geschichtlichen Völker mit einander einverstanden, daß das Recht nicht von den Menschen gemacht, sondern göttlichen Ursprungs ist, daß seine Gestalt von Gott in den Forderungen des sittlichen Bewußtseins der Menschen präformirt, und daß es um dieses seines göttlichen Ursprungs willen eine heilige Norm ist, die der Mensch nicht brechen kann, ohne sich zugleich gegen Gott zu versündigen.

---

[1]) Non tum denique incipit lex esse, quum scripta est, sed tum, quum orta est. Orta autem simul est cum mente divina. Cicero de Legibus II, 4, der hierbei, wie auch sonst häufig, der griechischen Ansicht folgt.

Ebenso ist der **Staat ein Product und Resultat des Sittengesetzes.** Man mag immerhin, wenn man besonderes Gewicht darauf legt, die Entstehung des Staates einem Willensacte der Menschen zuschreiben. Dieser Willesact aber ist ein durch das Sittengesetz in ihnen hervorgerufener und ihnen gebotener; er ist ein sittlich nothwendiger Act, dem sie sich nicht entziehen konnten, und daher bleibt der Staat, wenn er auch zunächst durch einen Willensact der Menschen zur Erscheinung gekommen sein mag, nichts desto weniger eine providentielle Institution, ein Resultat des Sittengesetzes, und gleich ihm **göttlichen Ursprungs.** Ob man im Uebrigen den Staat als etwas Uranfängliches ansieht, das, als Postulat des Ethos mit diesem zugleich gegeben ist, und durch die Menschen nur seine Explication erhält, oder ob man ihn für die Schöpfung eines persönlichen Gottes erklärt, der den Menschen in den Aeußerungen ihres sittlichen Bewußtseins seinen Willen kund gegeben, und sich so ihrer als seiner Werkzeuge zur Realisirung dieses seines Willens bedient hat, das macht wiederum in der Sache keinen Unterschied. Denn in dem einen wie in dem andren Falle verdankt der Staat seine Entstehung in letzter Instanz nicht dem Willen der Menschen, sondern derjenigen Potenz, welche diesen Willensact der Menschen erzeugte, und allemal entscheidet folglich über Form und Einrichtung des Staates auch nicht der Wille der ihn bildenden Menschen, sondern diese Potenz, unter deren Gebot die Menschen als sittliche Wesen ihren Willen zu beugen verpflichtet sind, — in dem einen Falle also das Ethos, im andern der Wille Gottes, wie er sich in Aeußerungen des sittlichen Bewußtseins der Menschen manifestirt.

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich auch, wenigstens im Allgemeinen, zugleich **der Zweck des Staates.** Der höhere

Zweck, dem er dient, ist die Realisirung des Sittengesetzes. Die Art und Weise aber, wie er diesem Zwecke dient, und die unmittelbare Aufgabe des Staats, kann verschieden aufgefaßt werden; insbesondere kann die Realisirung des Sittengesetzes entweder als der unmittelbare Staatszweck: — so daß der Staat alle Forderungen des Sittengesetzes auf legislativem und administrativem Wege unmittelbar verwirklicht — oder aber als der mittelbare Zweck desselben gedacht werden: — so daß die Erfüllung des Sittengesetzes, so weit dies ohne Beeinträchtigung der sittlichen Grundlagen des Gemeinlebens geschehen kann, dem Gewissen der Einzelnen überlassen bleibt, und die Aufgabe des Staates sich darauf beschränkt, das sittliche Thun der Einzelnen zu schützen, und ihnen die Realisirung ihrer sittlichen Lebensaufgaben möglich zu machen. Die erste Auffassung liegt dem griechischen, die zweite dem germanischen Staats- und Rechtsleben zum Grunde, und zur bessern Veranschaulichung mögen beide Principien hier einander gegenüber gestellt werden.

Die Griechen gehen von der Voraussetzung eines unpersönlichen Ethos aus, das sich dem sittlichen Bewußtsein der Menschen als etwas absolut Nothwendiges darstellt, und kategorisch die Erfüllung seiner Gebote fordert. In der schlechthinnigen Unterordnung ihrer Subjectivität unter die objectiven Forderungen des Ethos, darin, daß sie nicht das ihnen persönlich Angenehme und Vortheilhafte, sondern das an sich Gute und Rechte suchen, besteht die Tugend und in dieser wiederum das wahre und höchste Glück der Menschen. Die Verwirklichung des Ethos und die wahre und vollkommene Glückseligkeit aller Menschen fallen daher dem Begriffe und praktischen Resultate nach zusammen, und die Realisirung beider wird, wie gesagt, von den Griechen als der unmittelbare Zweck des Staates gedacht.

Die Aufgabe des Staates ist demzufolge, das ganze Leben der Bürger nach den Vorschriften des Ethos zu ordnen, und für die Erfüllung dieser Ordnung Sorge zu tragen. Er hat, was seine legislative Thätigkeit betrifft, nicht nur die unzweifelhaften Vorschriften des Ethos zum Recht zu erheben, sondern auch für alle Fälle das Richtige zu ermitteln und als bindende Norm hinzustellen, so daß das Recht des Staates zugleich zur Sittenlehre und zum Sittengesetz für die Bürger wird; sodann aber, was seine administrative Thätigkeit betrifft, die Verwirklichung jener Normen dadurch zu sichern, daß er nicht nur deren Befolgung nöthigen Falls erzwingt, sondern auch von vorn herein die ganze Erziehung der Menschen selbst leitet und dieselben zur Tugend erzieht [2]). Die natürliche Consequenz dieser Auffassung des Staaatszweckes ist einer Seits das von Plato und Aristoteles als ein selbstverständliches Postulat betrachtete Princip der griechischen Verfassungslehre, wonach die Herrschaft im Staate den Weisesten und Tugendhaftesten gebührt, und anderer Seits die absolute Abhängigkeit der Einzelnen vom Staate, welche das griechische Staatsleben charakterisirt. Weil das Ethos über alle Lebensverhältnisse Vorschriften enthält, so fällt auch das ganze Leben der Bürger in den Kreis der legislativen und administrativen Thätigkeit des Staates, und von einer sittlichen Freiheit der Individuen, von einer Sphäre, innerhalb deren sie nach ihrem individuellen Ermessen und Gewissen zu schalten berechtigt

---

[2]) Wie weit die Grenzen für die legislative Thätigkeit des Staates nach griechischer Ansicht gesteckt sind, darüber liefern Plato's Bücher von den Gesetzen den besten Commentar, und ebenso zeigt sich in seiner Republik — in der selbst die Familie als ein störendes Mittelglied beseitigt werden soll — am besten, wie die Griechen die Aufgabe des Staats dem Einzelnen gegenüber in Betreff seiner Erziehung und der Ordnung seines Lebens auffassen.

sind, von einem Rechte der Einzelnen, das auch der Staat als solches zu respectiren verpflichtet wäre, kann dabei natürlich keine Rede sein. Der Mensch ist nach der Ansicht der Griechen ein Wesen, das nur im Staate und durch seine Beziehung zu diesem zu seiner wahren Existenz gelangt, und nur als Theil des Ganzen gedacht werden kann. Er ist von vorn herein verpflichtet, seiner Subjectivität zu entsagen, mit seiner ganzen Persönlichkeit in den Staat aufzugehen, und nichts Anderes zu wollen, als den Staat und den höhern Zweck des Staates [3]).

Die Germanen gehen gleichfalls von der Voraussetzung einer höhern sittlichen Ordnung — als deren Quell und Träger ein persönlicher Gott gedacht wird, — und von der Verpflichtung des Menschen aus, seinen subjectiven Willen unter diese objective Ordnung zu beugen. Die germanische Sittenlehre unterscheidet sich aber dadurch von der griechischen, daß, während diese alles Gewicht darauf legt, daß das Ethos realisirt werde, und die Frage, wie der Einzelne, der diesem Zwecke dient, sich innerlich dazu verhält, als eine minder wichtige behandelt, die germanische Sittenlehre grade von dem Satze ausgeht, daß die Erfüllung des Sittengesetzes die freie

---

[3]) Hermann, Lehrbuch der griechischen Staatsalterthümer §. 51: „In der Lehre, daß der Staat dem Begriffe nach früher als das Individuum vorhanden sei, und seine Existenz die des Menschen auf ähnliche Art, wie das Ganze die Theile bedinge, spricht Aristoteles zum ersten Male mit klaren Worten die Ansicht aus, die dunkel bereits vom Anfang an dem ganzen griechischen Staatsrechte zum Grunde lag: daß der Einzelne nur innerhalb der Staatsgemeinschaft Mensch und Person, nur als Bürger für rechtsfähig zu betrachten sei. Demzufolge ist der Staat sein alleiniger Zweck; der Bürger, dessen Existenz im Staate keine selbstständige, vielmehr nur eine rein abhängige, relative ist, hat daher auch zum Staate kein Rechtsverhältniß, sondern nur zu den Einzelnen, die wie er dem unumschränkten Willen des Staates unterworfen sind."

That des Menschen sein soll, und daß die einzelne Handlung nicht schon deshalb, weil sie äußerlich dem Sittengesetze entspricht, sondern lediglich deshalb, weil und insofern sie das Resultat eines freien sittlichen Entschlusses war, als eine sittliche angesehen werden kann und sittlichen Werth hat.

Daraus ergiebt sich denn von selbst, daß das Recht sittlicher Selbstbestimmung, ohne welche das Thun der Menschen aufhören würde, ein sittliches zu sein, auch durch den Staat nicht aufgehoben oder beschränkt werden darf, daß im Gegentheil die nächste und hauptsächliche Aufgabe des Staates grade darin bestehen muß, die sittliche Freiheit der Individuen zu schützen und zu verwirklichen. Die Realisirung des Sittengesetzes ist demnach allerdings der höhere Zweck, dem der Staat dient, und der Staat soll „das Recht stärken, und das Unrecht kränken". Daher bleibt der Inhalt des Sittengesetzes maaßgebend für die Gestaltung des Rechts, und dadurch bestimmt sich von vorn herein die Art und das Maaß der Freiheit, welche der Staat den Individuen gewähren darf und soll. Die Realisirung des Sittengesetzes soll aber auch im Staate die freie That der Menschen bleiben; der Staat soll nur das sittliche Thun derselben schützen und fördern, und daraus folgt, daß der legislativen und administrativen Thätigkeit des Staates durch die sittliche Freiheit der Individuen ihre natürliche Schranke gesetzt ist, und daß folglich, wenn der Staat auch die Aufgabe hat, das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken, doch daneben dem Einzelnen eine Sphäre bleiben muß, innerhalb deren er frei nach seinem sittlichen Ermessen zu schalten berechtigt und für sein Thun und Lassen nur Gott und seinem Gewissen verantwortlich ist.

Der Umfang dieser Sphäre und die Grenze zwischen ihr



und dem Gebiete der staatlichen Thätigkeit ist durch das Sittengesetz selbst bereits vorgezeichnet. Das Sittengesetz enthält nämlich eine Menge von Vorschriften, über deren Existenz und Inhalt allgemeines Einverständniß herrscht, und die zugleich so zweifellos sind, daß — wenn die Existenz eines objectiven Sittengesetzes nicht überhaupt geläugnet wird — ein sittlich berechtigter Zweifel gegen sie gar nicht denkbar ist. Daß z. B. Mord, Diebstahl, Betrug, Meineid u. s. w. Handlungen sind, welche das Sittengesetz reprobirt, daß das Sittengesetz gebietet, Verträge zu halten, daß Eltern sittlich verpflichtet sind, ihre Kinder zu ernähren, zu schützen und zu erziehen u. s. w., daran wird ein sittlicher Mensch so wenig selbst zweifeln, als die Möglichkeit eines sittlich berechtigten Zweifels zugestehen können. Dagegen enthält das Sittengesetz auch eine Menge von Vorschriften, deren Existenz und Inhalt nicht so absolut gewiß ist, oder wenigstens nicht so präcis gefaßt werden kann, daß über ihre Anwendung auf einen concreten Fall nicht eine Verschiedenheit der sittlichen Urtheile möglich wäre. Nun ist ohne Weiteres klar, daß, wenn es überhaupt eine sittliche Freiheit der Menschen giebt und geben soll, in solchen zweifelhaften Fällen, bei denen eine Verschiedenheit der sittlichen Urtheile als möglich zuzugeben ist, dem Einzelnen überlassen bleiben muß, sich selbst sein Urtheil zu bilden und danach zu handeln. Wenn der Staat auch für solche Fälle das Richtige ermitteln und als Rechtsnorm hinstellen wollte, wie er es nach der griechischen Staatslehre soll, so würde er, weil darin für alle Andersdenkende ein Zwang liegen würde, gegen ihre eigene Ueberzeugung zu handeln, damit die sittliche Freiheit der Individuen vernichten. Dagegen ist auf der andern Seite nicht wohl abzusehen, wie darin eine Beschränkung ihrer sittlichen Freiheit gefunden

werden kann, daß der Staat die unzweifelhaften Vorschriften des Sittengesetzes, gegen deren Existenz und Inhalt ein sittlich berechtigter Zweifel nicht wohl als möglich gedacht werden kann, zu Rechtsvorschriften erhebt. Jedenfalls würde, wenn dennoch Einzelne darin eine Beschränkung ihrer sittlichen Freiheit erblicken sollten, die Rücksichtsnahme auf solche singuläre sittliche Anschauungen mit dem oben angegebenen Zwecke des Staates unvereinbar sein, und daher giebt die Freiheit aller Uebrigen diesen unzweifelhaft das Recht, jene Ansprüche unberücksichtigt zu lassen. Es liegt nämlich in der Natur der Sache, daß nur solche Menschen mit Erfolg zur Realisirung ihrer sittlichen Lebenszwecke sich mit einander verbinden können, welche in ihren sittlichen Grundanschauungen harmoniren, und den Verbindungszweck wirklich wollen, und die Menschen, welche sich zur Erreichung eines sittlichen Zweckes mit einander verbinden, müssen vermöge ihrer sittlichen Freiheit nothwendiger Weise auch das Recht haben, denjenigen, welche ihre sittlichen Grundanschauungen nicht theilen, und den Verbindungszweck zu vereiteln streben, die Aufnahme in die Verbindung zu versagen, so wie von den Aufgenommenen ein dem Verbindungszwecke entsprechendes Verhalten zu fordern. Dieser Satz, der das Grundprincip des deutschen Genossenschaftsrechts bildet, und ganz von selbst zu dem Grundsatze führt, daß die Genossenschaftsfähigkeit an die Bedingung persönlicher Tüchtigkeit zur Förderung des Genossenschaftszweckes und unbescholtener Ehre geknüpft ist, gilt natürlich auch vom Staate. Ist der Staat eine Institution, die der Realisirung des Sittengesetzes dienen nnd den Menschen die Erfüllung ihrer sittlichen Lebensaufgabe möglich machen soll, so sind die ihn bildenden Menschen vermöge ihrer sittlichen Freiheit auch berechtigt, Staat

und Recht jenem Zwecke gemäß zu gestalten, und von den einzelnen Mitgliedern ein jenem Zwecke entsprechendes Verhalten wenigstens in so weit zu fordern, als das Gegentheil diesen Zweck und die sittlichen Grundlagen des gemeinschaftlichen Lebens gefährden würde. Daß dies bei manifesten Unsittlichkeiten und bei allen Handlungen, welche den sittlichen Anschauungen des Volkes direct widersprechen, wegen des durch sie gegebenen öffentlichen Aergernisses und bösen Beispiels der Fall ist, — z. B. bei Polygamie, Concubinat, Meineid, Blasphemie rc. — liegt auf der Hand; und wie der Staat, wenn er der Realisirung des Sittengesetzes dienen soll, das Recht hat, im Interesse der Sittlichkeit dagegen einzuschreiten, so folgt daraus auch von selbst die weitere Berechtigung, bei der Gestaltung des Rechts von vorn herein von dem Inhalte des Sittengesetzes auszugehen.

Der principielle Gegensatz zwischen der germanischen und römischen Rechtslehre besteht also, um das bisher Gesagte noch einmal zusammenzufassen, darin, daß die germanische Rechtslehre, in Uebereinstimmung mit der Rechtslehre fast aller anderen geschichtlichen Völker, von der Voraussetzung eines höhern aus Gottes Willen entsprungenen Sittengesetzes ausgehend, dieses Sittengesetz als den Quell und die Grundlage des Rechts betrachtet, und das Recht demzufolge nach den durch das Sittengesetz vorgezeichneten Grundlinien construirt; die römische Rechtslehre dagegen, von dem Begriffe des Subjects und seiner schlechthinnigen Berechtigung, den Inhalt des Sittengesetzes nach seiner subjectiven Ueberzeugung auszulegen und zu behandeln ausgehend, das Recht als eine vom Sittengesetze völlig unabhängige aus dem Willen der Menschen hervorgegangene Convention auffaßt, und als dessen Zweck grade die Realisi-

rung des unbeschränkten Rechts subjectiv sittlicher Selbstbestimmung betrachtet. Während demzufolge die römische Rechtslehre von der Voraussetzung ausgeht, daß die Menschen ursprünglich, wie sie auch sittlich zu einander stehen, und demgemäß factisch zu einander sich verhalten mögen, doch rechtlich einander fremd und pflichtlos gegenüber stehen, und von dieser Voraussetzung aus das Recht construirt, geht das germanische Recht bei der Normirung der gegenseitigen Verhältnisse grade umgekehrt von dem Princip aus, daß die Menschen sittlich verpflichtet sind, einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen [4]).

Wenn übrigens behauptet wurde, daß die oberste Voraussetzung, von der das germanische Recht ausgeht, dem Rechte der meisten geschichtlichen Völker zum Grunde liege, und daß das römische Recht in dieser Beziehung eine Ausnahme bilde, so ist dies eine in der Natur der Sache liegende und in der Entstehungsgeschichte der einzelnen Völker begründete Erscheinung. Die meisten Völker sind aus der Familie und dem Stamme natürlich organisch erwachsen, und die Anschauungsweise eines so entstandenen Volks wird naturgemäß auf das Objectivitätsprincip gegründet sein. Bei einem solchen Volke wird nämlich der Einzelne schon durch seine Geburt Mitglied des Volkes

[4]) Wenn Wilda Strafrecht der Germanen S. 140 fg. den Satz ausführt: „daß die deutsche Gemeinde eine Verbindung zur Erhaltung des Friedens und zum gegenseitigen Beistand und gegenseitiger Hülfe in allen ziemlichen Dingen gewesen sei, und daß der Grundsatz der Gilden „unus subveniat alteri tanquam fratri suo in utili et honesto", dem germanischen Gemeinwesen zu Grunde gelegen habe", so trifft dies mit dem eben Gesagten im Wesentlichen zusammen, und es darf auf dieses bestätigende Zeugniß um so größeres Gewicht gelegt werden, als dabei nicht von dem Rechte des christlichen Mittelalters, sondern von der vorchristlichen Zeit, also von einem ursprünglich germanischen Princip die Rede ist.

und Staates; er tritt durch diese außer seinem Willen liegende Thatsache in einen Kreis sittlicher und rechtlicher Verhältnisse, deren Ursprung über menschliche Erinnerung hinausreicht, und es fehlt für ihn an jeder Veranlassung, den Grund, weshalb er den geltenden Rechtsnormen unterworfen ist, in letzter Instanz in seinem Willen zu suchen. Im Gegentheil zwingt grade die Gesammtheit der Lebensverhältnisse, in die er hineingeboren ist, seine Reflexion zu der Voraussetzung, daß die über Menschengedenken hinaus bestehenden Zustände und geltenden Rechtsnormen, deren Natürlichkeit und Nothwendigkeit ihm evident ist, in letzter Instanz auf eine höhere, in dem göttlichen Willen beruhende Nothwendigkeit zurückgeführt werden müssen. Daneben, und das ist die Hauptsache, ist die sittliche Anschauungsweise eines solchen Volkes eine homogene; sie vererbt sich von Generation zu Generation, und jeder weiß nicht anders, als daß das, was er für recht und gut hält, von jeher dafür gegolten hat, und von allen Volksgenossen dafür gehalten wird. Wie nun diese Homogeneität der sittlichen Anschauungsweise gar keinen Zweifel gegen die objective Wahrdes Sittengesetzes aufkommen läßt, dessen Existenz sich in dem sittlichen Bewußtsein aller Volksgenossen in gleicher Weise manifestirt, so erscheint es auch ganz natürlich und unbedenklich, daß die Realisirung des Sittengesetzes, eben weil dieselbe sich als etwas sittlich Nothwendiges darstellt, nöthigenfalls gegen den Widerstrebenden erzwungen, d. h. der Inhalt des Sittengesetzes zum Rechte erhoben wird. Die Staatsform erhält von vorn herein einen patriarchalischen und erziehlichen Charakter, und wenn sie diesen einmal zu Anfang erhalten hat, so bringt die Natur geschichtlicher Entwickelung es auch von selbst mit sich, daß sie sich in der einmal gegebenen Grundrichtung weiter entwickelt.

Grade umgekehrt stellt sich die Sache bei einem Volke, das durch einen Zusammenfluß von Einwanderern entsteht, oder das wenigstens, wie die Nordamerikaner und Römer, durch eine starke Einwanderung oder in Folge anderer Umstände vielfache Versetzung durch fremde Elemente erleidet. Jeder Einwanderer bringt naturgemäß die Vorstellung mit, daß er dem Staate, dessen Mitglied er geworden ist, lediglich durch einen Act seines Willens angehört, und folglich dessen Gesetzen nur durch seinen Willen unterworfen ist; und ebenso erzeugen die Unterschiede zwischen den Rechtsnormen der alten und neuen Heimath in ihm leicht die Vorstellung, daß zwischen der Sittlichkeit und dem Rechte ein principieller Unterschied bestehe, und daß das letztere eine Norm sei, welche jedes Volk sich nach seinen Bedürfnissen und Gutdünken setze. Namentlich aber macht sich, weil jeder neue Ankömmling natürlich die besondere sittliche Anschauungsweise seines Stammes mitbringt, insofern er sich nicht auch von dieser emancipirt hat, in einem solchen Volke sehr bald eine Coexistenz ganz verschiedener sittlicher Anschauungsweisen bemerklich, und die natürliche Folge davon ist einestheils, daß sich die Ueberzeugung geltend macht, es gäbe überall kein objectiv gewisses und mit objectiver Gewißheit erkennbares Ethos, sondern nur subjective Vorstellungen von seinem Inhalte, welche als solche zwar ihre volle subjective Wahrheit und Bedeutung, aber keinen Anspruch auf objective Geltung hätten, und anderntheils, daß das Recht des Staates nicht auf die Voraussetzung eines allgemein gültigen Ethos gegründet werden kann, sondern von der Thatsache ausgehen muß, daß die sittlichen Vorstellungen der einzelnen Mitglieder des Staates ganz verschiedenartig sind, und daß folglich die Aufgabe des Rechts nur darin bestehen kann, Jedem die volle Freiheit seiner

subjectiven sittlichen Ueberzeugung zu gewähren und zu sichern. — Ist demnach Rom so oder ähnlich entstanden, wie die Sage uns erzählt, so ist die Formation des römischen Rechts die natürliche und nothwendige Folge dieser Entstehung. Ist jene Sage dagegen nur Sage, so bleibt doch die unläugbare Thatsache zurück, daß das römische Volk nicht aus einem Stamme, sondern aus der Verschmelzung mehrerer Stämme erwachsen ist, daß es daneben bei seiner raschen Vergrößerung eine Menge verschiedenartiger Elemente in sich aufgenommen hat, und daß namentlich die Plebs, in der sich das jus Quiritium neben dem anders gearteten patricischen Rechte selbstständig entwickelte, durch den Zusammenfluß von Einwanderern entstanden ist, und das Resultat bleibt folglich in beiden Fällen dasselbe.

Zweiter Abschnitt.

Die Verschiedenheit der Begriffe von Recht, Freiheit und Ehre.

Erstes Capitel.

Das Recht im objectiven Sinne.

§. 3.

Entstehung und Wesen des Rechts.

Nach der auf das Subjectivitätsprincip gegründeten römischen Ansicht entsteht das Recht erst im Staate durch das Gesetz. Vor dem Staate bestehen zwar für den Einzelnen sittliche Normen; ihre Auslegung und Erfüllung ist aber lediglich Gewissenssache dieser Einzelnen. Eine allgemeingültige, über dem Willen der Einzelnen stehende Rechtsnorm existirt dagegen nicht, vielmehr gilt zwischen den einzelnen Menschen nur das Recht der Stärke. Durch die Gründung des Staates geht die Souveränetät der Einzelnen auf die Gesammtheit über; diese erhält dadurch die Befugniß, für die zum Staate gehörigen Personen verbindliche Normen aufzustellen und constituirt nun, in-

dem sie entweder unmittelbar durch Volksschlüsse oder mittelbar durch die mit der Machtvollkommenheit des Volkes bekleideten Magistraturen durch bestimmte Willensacte — Gesetze — solche Normen aufstellt, das Recht. Das Recht entsteht demnach durch das Gesetz; der Inhalt der Gesetze wird durch den Willen des Volkes bestimmt, und der Wille des Volkes ist folglich die oberste Quelle des Rechts. Weil die einzelnen Menschen, aus denen das Volk besteht, vernünftige Menschen sind, so werden sie natürlich das Recht nicht nach augenblicklicher Laune construiren, sondern bei der Legislation sich durch ihre Vernunft bestimmen lassen und folglich das Recht den Zwecken und Voraussetzungen, welche die Einzelnen zur Gründung des Staates bestimmt haben, entsprechend gestalten. Allein ein höheres sittliches Princip, dem gemäß das Volk sein Recht zu gestalten verpflichtet wäre, giebt es nicht, und es hängt lediglich von dem Volke ab, ob es sich bei seinen Beschlüssen durch die Vernunft bestimmen lassen will. Recht ist nicht, was der Vernunft, sondern was dem Willen des Volkes entspricht, und durch ihn als allgemein verbindliche Norm hingestellt ist, und das Recht bindet die Einzelnen nicht, weil es vernünftig ist, sondern weil das Volk es so beschlossen und diese bestimmte Norm aufgestellt hat. —

So sehen alle römischen Juristen die Sache an. Eine systematische Darstellung dieser ihrer Ansichten finden wir freilich bei ihnen nicht, denn dergleichen speculative Betrachtungen sind nicht ihre Sache. Im Gegentheil, wie die Römer überhaupt in ihrer Philosophie Schüler der Griechen sind, so citiren die römischen Juristen auch wohl im Eingange ihrer Schriften Stellen aus griechischen Schriftstellern, in denen der νόμος als dasjenige, dem alle gehorchen müssen, als der König aller gött-

lichen und menschlichen Dinge bezeichnet, mit einem Worte, die griechische Ansicht in aller Schärfe und Bestimmtheit ausgesprochen wird[1]). Ihre eigentliche Ansicht über Entstehung und Wesen des Rechts aber, wie sie aus einer Menge von gelegentlichen Aeußerungen mit großer Klarheit hervorgeht, harmonirt ganz mit den Dogmen der modernen rationalistischen Rechtsphilosophie und ihre ganze Denkweise ist, wie bereits erwähnt worden, der rein subjectivistischen sogenannten Philosophie des gesunden Menschenverstandes vollkommen homogen. — Sie betrachten und bezeichnen das Recht, d. h. das wirkliche (positive) Recht[2]) überall und in jeder Beziehung als ein **Product des Volkswillens**, als eine Norm, die das Volk sich selbst gesetzt hat[3]); und wie sie dem zufolge alles Recht als aus Gesetzen entstanden ansehen, eine andere Entstehungsart des Rechts als durch Willensacte des Volks und seiner Magistra-

---

[1]) z. B. L. 2. D. de legibus.

[2]) Dem positiven Rechte, **jus civile**, wird das **jus naturale** entgegengestellt. Dieses letztere, quod natura omnia animalia docuit, was die Menschen also nicht selbst geschaffen haben, entspricht unserer **Moral**, weshalb denn auch die Freiheit und Gleichheit aller Menschen als ein Satz des jus naturale bezeichnet wird, und hat daher keine unmittelbare Geltung. Das **jus gentium** dagegen, quo omnes gentes **utuntur**, bezeichnet, im Gegensatze zum jus civile, das nach der Ansicht der Römer bei allen Völkern geltende Recht, im Gegensatze zum jus naturale, das **Naturrecht**. Daher ist die Sklaverei eine constitutio juris gentium, contra naturam introducta. Beiden steht das **jus civile** gegenüber, quod quisque populus ipse sibi **constituit**. Die ganze Eintheilung des Rechts in jus naturale, gentium und civile ist übrigens griechischen Ursprungs, und von den römischen Juristen nicht vollständig durchgearbeitet.

[3]) So definiren sie z. B. das jus civile als das Recht, quod quisque populus ipse sibi **constituit**, — Gaius I. §. 1. — L. 6. D. de just. et jure — und brauchen, wenn sie von der Entstehung des Rechts sprechen, stets den, ein willkürliches Setzen bezeichnenden, Ausdruck: jus **constituitur**. Cf. z. B. L. 3. 4. 8. 11. 15. 18. 20. 21. D. de legibus.

turen sich nicht zu denken vermögen, und die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts in derselben Weise wie unsere rationalistische Schule zu deduciren suchen, so ist ihnen auch der Wille des Volks und seiner Magistraturen der letzte Entstehungsgrund alles Rechts [4]). Recht ist, quod populus jubet atque constituit; über dieses jubere atque constituere gehen sie nirgends hinaus, und was das Volk treibt, sein Recht so oder so zu gestalten, interessirt sie wenig oder gar nicht. Der Gedanke, daß es über dem Willen des Volkes noch eine diesen Willen beherrschende sittliche Potenz gebe, ist ihnen völlig fremd [5]). Im Gegentheil, wenn sie einmal von den Motiven sprechen, die den Willen des Volkes bei der Gesetzgebung leiten, so ist grade wie bei unsern rationalistischen Staats- und Rechtslehrern nur von der Vernunft, ratio, von Zweckmäßigkeitsgründen und Nutzen der Einzelnen die Rede, und es geht dabei aus ihrer ganzen Ausdrucksweise deutlich hervor, daß sie das Recht nicht als eine höhere, den Menschen gegebene Regel, sondern als eine Norm ansehen, welche die Menschen sich selbst um ihrer persönlichen Interessen willen gesetzt haben [6]). Beson-

---

[4]) L. 32. §. 1. D. de legibus: — — Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sint, merito et ea etc.

[5]) Daher ist es ihnen auch unbedenklich, daß das jus civile, wo es vom jus naturale abweicht, diesem vorgeht, während die Rechtsbücher des Mittelalters von dem Grundsatze ausgehen, daß gesetzt Recht natürlich Recht nicht abthun darf, und daher z. B. hinsichtlich des Rechtsbestandes der Leibeigenschaft große Skrupel haben.

[6]) Vergl. L. 25. D. de legibus. — L. 1. §. 2. D. de just. et jure: Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem. — L. 2. D. de statu hominum: quum igitur hominum causa omne jus constitutum sit, primo de personis — dicemus. — §. 12. J. de jure naturali.

ders klar spricht sich die Ansicht der römischen Juristen über die Entstehung des Rechts in einer Stelle von Pomponius aus. Wenn derselbe in L. 2. D. de origine juris von der Entstehung des römischen Rechts sagt: „et quidem initio civitatis populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit, omniaque manu a regibus gubernabantur,“ und dann fortfährt, daß postea aucta ad aliquem modum civitate Gesetze gegeben und diese dann durch Interpretation erweitert seien, so spricht sich darin vollkommen deutlich die bekannte Ansicht aus, daß das Recht erst im Staate durch das Gesetz entsteht, und daß, bevor Gesetze gegeben sind, ein Zustand der Rechtlosigkeit herrscht.

Nach der griechischen und germanischen Ansicht dagegen ist, wie dies bereits im vorigen Abschnitte dargelegt worden, nicht der Wille des Volkes, sondern das über diesem Willen stehende und in den Aeußerungen des sittlichen Bewußtseins der Menschen sich manifestirende Sittengesetz, und weil dieses seinen Ursprung in Gott hat, Gott die oberste Quelle des Rechts. Wie dies zu verstehen ist, daß damit nicht eine besondere Offenbarung des göttlichen Willens gemeint, und daß es ferner für das Wesen dieser Ansicht gleichgültig ist, ob dabei ein persönlicher Gott oder ein unpersönliches Ethos als Quelle des Rechts und der Sittlichkeit vorausgesetzt wird, dies alles ist bereits gesagt und braucht hier nicht wiederholt zu werden. Das Wesen dieser Ansicht besteht eben nur darin, daß nach ihr das Recht bereits in den sittlichen Normen existirt, welche sich in den Aeußerungen des sittlichen Bewußtseins der Menschen manifestiren, daß mit anderen Worten die ursprünglichen nicht erst durch einen Willensact der Menschen entstandenen sittlichen Ueberzeugungen von Recht und Unrecht eine

Norm sind, der die Menschen als sittliche Wesen Gehorsam schuldigen, ohne daß es zu ihrer Gültigkeit noch erst eines gesetzgeberischen Actes bedürfte, und daß, um ein schon oben gebrauchtes Beispiel noch einmal zu wiederholen, das staatlich geschützte Recht sich zu jenen sittlichen Normen wie der Schmetterling zur Raupe verhält. Das Recht entsteht demnach nicht erst im Staate, sondern wird durch den Staat nur realisirt, und wenn sich freilich auch von selbst versteht, daß der Staat die Befugniß hat, gesetzlich festzusetzen, was als Recht gelten soll, so sind die Menschen doch eben als sittliche Wesen — und darin grade unterscheidet sich diese Ansicht von der römischen — verpflichtet, bei der Gesetzgebung den Forderungen ihres sittlichen Bewußtseins zu genügen, und nicht das, was ihnen persönlich angenehm und vortheilhaft ist, sondern das, was ihr sittliches Bewußtsein für Recht erklärt, als gesetzliche Norm hinzustellen [7]).

[7]) Daß factisch der Staat Rechtsnormen aufstellen kann, welche mit dem in dem sittlichen Bewußtsein des Volkes lebenden Rechte in Widerspruch stehen, und daß dann doch jene Normen als positives Recht gelten, unterliegt allerdings keinem Zweifel, ändert das Princip aber nicht. Die Gültigkeit solcher dem sittlichen Bewußtsein des Volkes widersprechender positiver Vorschriften beruht auf demselben Grunde, auf welchem die Gültigkeit eines falschen aber rechtskräftigen richterlichen Erkenntnisses beruht, und das Verhältniß beider ist ganz analog. Daß der Richter nach Maaßgabe des geltenden Rechts zu entscheiden hat, ist außer Zweifel; nichts desto weniger aber bildet sein Erkenntniß, auch wenn es mit den Normen, wonach der Richter zu entscheiden hatte, in Widerspruch steht, formelles Recht. Ebenso muß auch ein Gesetz trotz seines Widerspruchs mit dem Sittengesetz aus dem gleichen Grunde gültig sein. Wer auf diese factische Möglichkeit eines solchen Widerspruchs zwischen den sittlichen und den Rechtsnormen und auf die dabei zur Anwendung kommenden Regeln den Satz stützt, daß der Wille des Volkes die Quelle des Rechts sei, der müßte mit demselben Rechte auch behaupten, daß nicht die Gesetze, sondern der Wille des Richters die Quelle der richterlichen Entscheidung seien. — Die Quelle des Rechts und beziehungsweise der richterlichen Entscheidung bleibt

Daß dies wirklich die Ansichten der Griechen sind, wird wohl keines weiteren Beweises bedürfen, nur beispielsweise möge hier erwähnt werden, daß in Plato's Büchern von den Gesetzen alle redenden Personen sich gleich anfangs darüber einverstanden erklären, daß das Recht von Gott stamme, Plato also diesen Satz als einen zweifellosen, keiner weitern Begründung bedürftigen betrachtet. — Ebenso bedarf es wohl keiner ausführlichern Darlegung, daß die in der Vorrede zum Sachsenspiegel ausgesprochene Lehre: — daß Gott, der da ist der Anfang und das Ende aller guten Dinge, die Welt und die Menschen erschaffen habe, und daß, nachdem er uns erlöst, wir „sein Gebot, das seine Weissagen und geistliche gute Leute uns gelehrt und auch christliche Könige gesetzt haben," befolgen müssen — die allgemeine, das ganze christliche Mittelalter beherrschende Ansicht von der Entstehung und dem Wesen des Rechts ist. Und wenn daneben auf der einen Seite das aus der vorchristlichen Zeit stammende Institut der Gottesurtheile darauf hinweist, daß diese Ansicht nicht erst durch das Christenthum zu den Germanen gekommen ist, auf der andern Seite aber in der neuern Zeit die Augsburgische Confession Art. 16. lehrt: „daß alle Obrigkeit in der Welt und geordnete Regimente und Gesetze und gute Ordnungen von Gott geschaffen und eingesetzt sind," und in der neuesten Zeit die historische Schule im Gegensatze zu den seit dem Eindringen des römischen Rechts in Deutschland herrschend gewordenen Ansichten wieder zu der Lehre zurückkehrt,

---

immer das sittliche Bewußtsein des Volkes und beziehungsweise das geltende Recht, wenn gleich beide bei ihrem Durchgange durch das medium, durch welches sie bei ihrer Realisirung hindurch gehen müssen, eine Beugung erleiden können.

daß das Recht nicht ein Product des Volkswillens, sondern das von dem Willen der Menschen unabhängige Resultat der geschichtlichen Entwickelung des Volkes sei, und daß das Recht seinem Wesen nach in der in dem sittlichen Bewußtsein des Volkes wurzelnden gemeinsamen Ueberzeugung bestehe[8]); — so möge die Hinweisung auf diese Thatsachen hier für den Beweis genügen, daß die oben entwickelten Ansichten über Wesen und Entstehung des Rechts in älterer und neuerer Zeit als formulirtes Dogma bei den Völkern germanischen Stammes ausgesprochen worden sind. — Als interessant für die Art und Weise, wie das Mittelalter die Lehre, daß das Recht von Gott stamme, verstand, möge hier nur noch die Ansicht der Glosse zur Vorrede des Sachsenspiegels erwähnt werden, welche, wenn auch einzelne Aeußerungen bereits römische Färbung tragen, doch im Ganzen noch die germanische Auffassung festhält. Nach ihr „hat das Recht seinen Anfang entweder von der Natur oder von der Gewohnheit." „Das natürliche Recht heißt auch Gottesrecht, darumb, daß Gott dies Recht allen Creaturen gegeben hat," — und über sein Verhältniß zum positiven Recht lehrt der Glossator, „daß durch dies Recht gefunden worden alle anderen Recht," und daß „allen anderen Satzungen und Gewohnheiten das natürliche Recht vorgezogen werden soll und muß," oder wie es an einer andern Stelle heißt: „ein

---

[8]) Wenn übrigens die historische Schule das Recht nicht ausdrücklich auf Gott als seinen Quell zurückführt, wie der Sachsenspiegel und die Augsburgische Confession, sondern sich mit dem Satze begnügt, daß die in dem Bewußtsein des Volkes lebenden Ueberzeugungen Recht sind und zu ihrer Gültigkeit keines Willensactes des Staates bedürfen, ohne weiter zu untersuchen, woher denn diese Normen stammen, und worin ihre verbindende Kraft begründet ist; so ist diese Verschiedenheit, wenn wirklich eine solche vorhanden ist, nicht wesentlich.

gesatzt Recht mag wohl das andere aufheben, aber kein natürlich Recht mag es abthun." —

Besonders klar tritt der Gegensatz zwischen der römischen und germanischen Rechtsansicht in der Auffassung und Behandlung des Gewohnheitsrechts hervor. Wenn das Recht ein Product des Volkswillens ist, so bedarf es zu seiner Entstehung eines Willensactes des Volkes. Dieser Willensact ist das Gesetz, dessen Inhalt dann durch Interpretation erweitert werden kann, und diese Entstehungsart ist die natürliche und normale, neben der die Entstehung des Rechts aus der Gewohnheit — welche nur als Nothbehelf beim Stocken der Legislation eintritt und eine unvollkommene und unsichere Form ist — die Ausnahme bildet. Ja es ist selbst zweifelhaft, ob dem Gewohnheitsrecht überhaupt verbindende Kraft beigelegt werden kann, und es läßt sich dies nur aus dem Gesichtspunkte rechtfertigen, daß der Wille des Volkes sich auch durch concludente Handlungen aussprechen, und daher eine stillschweigende Sanction des Volkes bei demselben als vorhanden supponirt werden kann. In diesen Ansichten harmoniren die römischen Juristen wieder mit der modernen Doctrin. So stellt Pomponius in seiner Rechtsgeschichte[9]) die Sache dar. Gaius[10]) führt unter den Rechtsquellen die Gewohnheit überall nicht mit auf, ein Beweis, daß er sie nicht als selbstständige Rechtsquelle ansieht, und in den Pandecten, welche das Gewohnheitsrecht gleichfalls nur kurz und flüchtig als einen untergeordneten Gegenstand behandeln, wird seine Gültigkeit geradezu aus dem in der Uebung sich aussprechenden Willen des Volkes als der gesetzgebenden Potenz abgeleitet[11]).

[9]) L. 2. D. de origine juris.

[10]) I. §. 2.

[11]) So wird in L. 35. D. de legibus die Gewohnheit als tacita civium

Wenn das Recht dagegen seinen Ursprung nicht in dem Willen des Volkes, sondern in dem in den Aeußerungen des sittlichen Bewußtseins der Menschen sich manifestirenden Sittengesetze hat, so bedarf es zu seiner Gültigkeit nicht erst eines Willensactes der Menschen, und man braucht daher, um die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechtes zu deduciren, nicht erst eine stillschweigende Einwilligung der gesetzgebenden Organe zu supponiren. Die in der täglichen Uebung sich manifestirende gemeinsame Ueberzeugung des Volkes ist, eben weil sie das Product der höhern rechtserzeugenden sittlichen Potenz ist, ohne Weiteres Recht, und seine verbindende Kraft bedarf einer weitern Deduction überall nicht, eben weil das Recht zu seiner Gültigkeit nicht der Anerkennung, sondern nur der Manifestation bedarf. Das Verhältniß vom Gesetz und Gewohnheitsrecht zu einander ist danach grade umgekehrt. Nicht das Gesetz sondern das Gewohnheitsrecht ist das Primäre und die Regel; das Gesetz tritt nur aushülflich zur Fixirung, Declaration und Fortbildung des erstern ein, und während die Römer die consuetudo als tacita lex auffassen, soll umgekehrt nach der germanischen Ansicht das Gesetz nur der Ausdruck des in Wirklichkeit bereits vorhandenen Rechts, „das Organ des Volksrechts" sein. — Daher spielt denn auch im

---

conventio für bindend erklärt, und in der bekannten L. 32. §. 1. eod. gesagt: inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime et illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem derogentur. Ebenso Ulp. Fragm. §. 4.: mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus.

germanischen Rechtsleben die Gewohnheit eine völlig andere Rolle als im römischen, und es zeigt sich dort auch eine ganz andere Methode in der Behandlung des Rechts als hier. Während die römischen Juristen Commentare zu den Gesetzen und zum Edict schreiben, und deren Inhalt durch Interpretation erweitern, so daß man im gewissen Sinne vom römischen Rechte sagen könnte, es sei wirklich so entstanden, wie die Römer sich seine Entstehung denken, werden bei den Germanen die verschiedenen Gewohnheiten in Weisthümern und Rechtsbüchern gesammelt, und aus ihnen das System zusammengestellt.

Diese Verschiedenheit der Ansichten über Wesen und Entstehung des Rechts bei den römischen, griechischen und germanischen Schriftstellern könnte nun allerdings ihren Grund auch lediglich in der Verschiedenheit des wissenschaftlichen und religiösen Standpunktes der einzelnen Schriftsteller haben, und es würde, wenn dies der Fall wäre, darauf vielleicht überall kein sonderliches Gewicht zu legen sein, wenn diese Verschiedenheit des wissenschaftlichen und religiösen Standpunktes nicht eben wiederum ihren Grund in der Verschiedenheit der nationalen Anschauungsweise hätte. Daß dies möglich ist, wird wohl Niemand läugnen wollen; in wie weit es der Fall ist, müssen die weiteren Erörterungen ergeben [12]).

---

[12]) Beachtenswerth in dieser Beziehung ist auch der Stamm und die Bedeutung der Worte *νόμος*, jus und Recht. Während *νόμος* — *νέμειν* und Recht — richten auf einen höhern außer dem Willen der Menschen liegenden Ursprung des Rechts hinzudeuten scheinen, weist jus — jubere auf ein jubere atque constituere des Volks als Quell des Rechts hin. Auch ist es eine auffallende Thatsache, daß alle Tochtersprachen der römischen Sprache das Wort jus entweder ganz weggeworfen oder doch wenigstens neben demselben ein eigenes Wort für Recht, mit ähnlicher Bedeutung und Ableitung wie dieses von directum: — diritto, derecho, droit — gebildet haben,

§. 4.

Stellung des Volkes zum Rechte.

Je nachdem das Recht als ein Product des Volkswillens betrachtet, oder auf einen höheren Ursprung zurückgeführt wird, wird die Stellung des Volkes zum Rechte nothwendig eine wesentlich verschiedene sein müssen.

Ist das Recht ein Product des Volkswillens, so steht das Volk als der Schöpfer desselben nothwendig über der von ihm geschaffenen Rechtsordnung — Princip der Volkssouveränetät. Die ganze Rechtsordnung mit allen durch sie begründeten Rechten der Einzelnen, wie sie aus dem Willen des Volkes hervorgegangen ist, besteht lediglich durch diesen Willen, und das Volk kann sie in jedem Momente willkürlich ändern. Das Volk ist an dieselbe weder im Allgemeinen noch im einzelnen Falle gebunden, und ebenso steht folglich, wenn das Volk seine Machtvollkommenheit auf einen Einzelnen überträgt, auch dieser Träger der Staatsgewalt, als Delegatar der Souveränetät des Volkes über dem Rechte; er ist legibus solutus, und befugt, das Recht sowohl im Allgemeinen als auch im einzelnen Falle willkürlich zu ändern.

Ist das Recht dagegen ein Product des göttlichen Willens, eine Ordnung, die ihren Ursprung in Gott hat, und von den

---

gleichsam als ob das Wort jus den germanischen Begriff vom Recht, als einer höhern Richtschnur, nicht entsprechend ausdrückte. — Interessant ist auch die Verschiedenheit der Ausdrucksweise in den römischen Gesetzen und den alten leges Barbarorum. Während die ersteren, als in dem Willen des Volkes begründet, sich immer des Imperativs bedienen, und bestimmte Befehle enthalten, gebrauchen die letzteren regelmäßig den Conjunctiv, als ob sie nur die bereits bestehenden sittlichen Gebote mahnend einschärfe wollten.

Menschen nur realisirt wird, so steht das Volk nothwendig unter der von ihm aufgerichteten Rechtsordnung — Princip des göttlichen Rechts. — Das Volk ist allerdings berechtigt, das Recht nach seiner Erkenntniß des göttlichen Willens zu gestalten, und folglich, weil es keine für alle Völker und Zeiten geoffenbarte Rechtsordnung giebt, der göttliche Wille sich vielmehr in dem sittlichen Bewußtsein jedes Volkes und jeder Generation in besonderer Weise offenbart, den historischen Bestand seinen sittlichen Vorstellungen gemäß zu reformiren. Aber es ist auch zugleich sittlich verpflichtet, das Recht dieser seiner Erkenntniß des göttlichen Willens gemäß zu gestalten, es ist nicht befugt „das natürliche oder Gottesrecht" „durch gesatzt Recht abzuthun". Das dieser seiner Verpflichtung gemäß gestaltete Recht ist eine heilige Ordnung, die das Volk so gut bindet, wie den Einzelnen, die das Volk so wenig als der Einzelne brechen kann, ohne sich zugleich gegen Gott zu versündigen, und von der das Volk folglich so wenig im Allgemeinen, als auch namentlich in einem einzelnen Falle willkürlich abzuweichen berechtigt ist. —

Von welcher Bedeutung dieser Gegensatz für die Gestaltung des ganzen Rechts, insbesondere aber des Staatsrechts ist, liegt auf der Hand. — Ist der Wille des Volkes die Quelle alles Rechts, so muß er auch als solche dargestellt und behandelt, und folglich die ganze Verfassung so gestaltet werden, daß sowohl bei der Gesetzgebung als auch bei der Staatsregierung überall der Wille des Volkes, d. h. hier der actuelle Wille aller Einzelnen oder der Majorität ermitttelt und realisirt wird. — Im andern Falle muß dagegen der göttliche Wille, das Ethos, als das herrschende Princip dargestellt und behandelt, folglich die ganze Verfassung so gestaltet werden, daß sowohl bei der Gesetz-

gebung als bei der Regierung nicht sowohl der Wille des Volkes oder der Majorität, sondern überall das in dem sittlichen Bewußtsein des Volkes sich manifestirende Ethos ermittelt und realisirt wird [1]). — Im ersten Falle ist die Macht des Volkes oder des Delegatars seiner Souveränetät nothwendig unbeschränkt. Der Inhaber der Staatsgewalt kann für den einzelnen Fall von der allgemeinen Rechtsordnung z. B. durch Personalconstitutionen, Instruction an den Richter in Betreff der Entscheidung eines einzelnen Falles ꝛc. willkürlich abweichen, und Schranken gegen den Mißbrauch dieser Gewalt, namentlich zur Sicherung der Minorität und der einzelnen Individuen gegen tyrannische Willkür der Majorität, sind der Natur der Sache nach unmöglich. Im zweiten Falle dagegen ist, wenigstens nach dem germanischen Princip, der Inhaber der Staatsgewalt — sei dies nun das Volk in seiner Gesammtheit oder eine Volksklasse oder ein Einzelner — von vorn herein durch den göttlichen Willen beschränkt, und äußere Schranken gegen den Mißbrauch dieser Gewalt, z. B. zur Sicherung der Minorität gegen die Majorität, durch verschiedene Curien, itio in partes und Richterspruch, oder

[1]) Also bei der Gesetzgebung: im ersten Falle allgemeines Stimmrecht, gleichviel ob nach dem System der Kopfzahl oder unter Mitberücksichtigung der Vermögensunterschiede wie in der Servianischen Verfassung, im zweiten Falle entweder nach griechischem Princip die Berufung der Weisesten und Tugendhaftesten zur Gesetzgebung, oder nach germanischem Princip die Vertretung des Volkes nach Berufsständen; bei der Regierung: im ersten Falle Magistrate, die vom Volke gewählt sind, ihr imperium vom Volke erhalten haben, und ihr Amt nach dem Willen des Volkes verwalten sollen, im zweiten Falle Obrigkeiten, die, mögen sie vom Volke oder durch Erbfolgerecht zum Amte berufen sein, ihr Recht nicht vom Volke sondern von Gott und aus der sittlichen Nothwendigkeit einer über dem Willen der Einzelnen stehenden Autorität ableiten, und ihr Amt nicht nach dem Willen des Volkes, sondern nach ihrer Erkenntniß des göttlichen Willens und nach ihrem Gewissen zu verwalten verpflichtet sind.

zur Sicherung der einzelnen Individuen durch die Verpflichtung der Obrigkeit zur Gewährung eines Richterspruchs, Verbot der Cabinetsjustiz ꝛc. sind nicht nur möglich, sondern auch durch die Natur der Sache geboten.

Die weitere Ausführung und der Nachweis, daß das römische Staatsrecht auf dem Princip der Volkssouveränetät, das germanische und griechische dagegen auf der Anerkennung eines höhern göttlichen vom Willen des Volks unabhängigen Rechts beruhe, und daß darin grade der specifische Gegensatz zwischen dem erstern und dem letztern besteht, gehört natürlich dem Staatsrechte an.

Uebrigens darf dasjenige, was oben über den Unterschied zwischen dem wirklichen römischen Leben und der modernen Doctrin bereits gesagt ist, hier namentlich nicht außer Acht gelassen werden. Wenn hier behauptet wird, daß das römische Staatsrecht auf das Princip der Volkssouveränetät gegründet sei, so bezieht sich dies selbstverständlich nur auf die rechtliche, nicht auf die sittliche Stellung des Volkes beziehungsweise des Delegatars seiner Machtvollkommenheit zu der bestehenden Rechtsordnung und den durch dieselbe begründeten Einzelrechten. Daß das Volk, beziehungsweise der imperator, sittlich nicht befugt sei, die persönliche Freiheit und die Rechte der Einzelnen willkürlich zu verletzen, daß überhaupt das Volk in einem sittlichen Respectsverhältnisse zu der von ihm geschaffenen Rechtsordnung steht, und daß die stärksten sittlichen Motive und Vernunftgründe dem Volke ein strenges gewissenhaftes Festhalten an dem einmal Gewollten zur Pflicht machen, kann auch vom römischen Standpunkte aus nicht zweifelhaft sein, und grade der römische Tugendbegriff fordert ein solches Festhalten mit so großer Entschiedenheit, als kaum eine andere

Ethik. Allein die römische Rechtslehre unterscheidet, wie überall, so auch hier das Recht des Volkes, und die sittliche Beschränkung seines Gebrauches, als zwei Dinge, die rechtlich nichts mit einander gemein haben; sie betrachtet, wie überall, so auch hier die Frage, welchen Gebrauch das Volk von seinem Rechte machen darf, als Sache seines Gewissens. Ein sittliches und vernünftiges Volk wird sein Recht nicht mißbrauchen; auf dieser Voraussetzung ruht das ganze Staatsleben, und die Meinung ist dabei natürlich auch, daß es dazu sittlich nicht befugt ist. Allein was sittlicher oder unsittlicher Gebrauch seines Rechts ist, darüber hat im concreten Falle eben nur das Volk selbst, und beziehungsweise der imperator, nach seinem Gewissen zu entscheiden. Darin besteht seine Souveränetät, daß in allen solchen Zweifelfällen ihm selbst die Entscheidung zusteht, und daß es über die Richtigkeit dieser seiner Entscheidung keinen Richterspruch giebt, und nach römischer Ansicht nicht geben kann, während das germanische Staatsrecht, vom entgegengesetzten Standpunkte ausgehend, den Inhaber der Staatsgewalt in einem solchen Falle zur Unterordnung seines Willens unter einen Richterspruch verpflichtet. Das sittliche Respectsverhältniß, in dem das Volk zu der von ihm geschaffenen Rechtsordnung steht, läugnen die Römer also in keiner Weise; es liegt dasselbe für sie nur außerhalb der Sphäre des Rechts, und es ist von ihrem Standpunkte aus auch ein eben so nutzloses als vergebliches Bemühen, den Gebrauch, den das Volk beziehungsweise der Delegatar seiner Machtvollkommenheit von seinem Rechte zu machen hat, durch bestimmte Vorschriften regeln zu wollen, weil einestheils dem Inhalte des Sittengesetzes nach römischer Ansicht der hierzu erforderliche Charakter der Objectivität abgeht, anderntheils die Beobachtung solcher

Vorschriften doch wieder nur in das Gewissen des Volkes beziehungsweise des Inhabers der Staatsgewalt gestellt werden könnte.

§. 5.

Die Stellung der Fremden zum Rechte.

Ebenso wird durch den obigen Gegensatz die rechtliche Stellung der Fremden bedingt. — Entsteht das Recht erst im Staate durch das Gesetz, so bindet und schützt es begreiflicher Weise nur die Staatsgenossen. Die rechtliche Stellung der Fremden erleidet dadurch keine Veränderung; ihnen gegenüber gilt, insofern nicht Verträge des Staates mit anderen Staaten ein bestimmtes Rechtsverhältniß begründen, nach wie vor das im Princip der natürlichen Freiheit begründete Recht der Stärke; sie sind mit einem Worte rechtlos. So wird die Stellung der Peregrinen auch im römischen Rechte angesehen. Das ältere Recht versagt ihnen ganz consequent nicht nur das connubium sondern auch das commercium und wenn dieses Princip seiner Undurchführbarkeit wegen später auch praktisch gemildert ward, so ist es doch als Princip und theoretisch stets festgehalten [1]). —

Wenn das Recht dagegen aus dem Sittengesetze entspringt, so kann von einer Rechtlosigkeit der Fremden im römischen Sinne von vorn herein nicht die Rede sein. Sie stehen eben

---

[1]) Vergl. L. 5. §. 2. D. de captivis et postliminio: — In pace quoque postliminium datum est. Nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab iis captus servus fit et eorum, Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat.

so gut, wie die Gemeindegenossen, unter dem Schutze des Sittengesetzes, — „das natürliche Recht ist jedermann gemein, und man mag es niemand weigern [1]," — und wenn sie auch begreiflicher Weise hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit den Gemeindegenossen nicht gleichstehen, wenn sie insbesondere im ältesten germanischen Rechte nicht zur eigenen Rechtsvertheidigung zugelassen werden, weil dies Erfordernisse voraussetzt, die ihnen fehlen, so dürfen sie doch nicht willkürlich verletzt und gekränkt werden. Sie haben, wie jeder Schutzbedürftige, einen sittlichen Anspruch auf Schutz; jeder freie Mann, der sie gegen Unrecht zu vertheidigen vermag, und nach Ausbildung der königlichen Gewalt der König, ist ihr natürlicher Schützer.

Die Bedeutung dieser Verschiedenheit kann nicht genug hervorgehoben werden. Denn die Art und Weise, wie ein Volk die rechtliche Stellung der Fremden im Princip auffaßt, giebt für die Analyse seiner Grundansichten über Recht und Staat den sichersten und unmittelbarsten Aufschluß. Fremde sind nämlich grade diejenigen, zwischen welchen keine staatliche Gemeinschaft besteht, zwischen welchen also das *ursprüngliche, natürliche Verhältniß der Menschen zu einander durch die Gründung des Staates keine Veränderung erlitten* hat. In der Ansicht über ihre rechtliche Stellung spricht sich also ganz unmittelbar die Ansicht des Volkes über den *Zustand außerhalb des Staates* aus, wie er auch zwischen den Staatsgenossen ohne den Staat bestehen würde.

---

[1]) Glosse zur Vorrede des Sachsenspiegels.

§. 6.

Das oberste Princip für die Gestaltung des Rechts.

Die Verschiedenheit der Ansichten über Entstehung und Wesen des Rechts hat aber ferner auch eine Verschiedenheit des obersten Princips für die Gestaltung des Rechts zur nothwendigen Folge.

Wenn man von dem Begriffe des Subjects und seiner schlechthinnigen Befugniß, das Sittengesetz nach seinem subjectiven Ermessen auszulegen und zu handhaben, ausgeht, und folglich das Recht als eine von dem Sittengesetze unabhängige Norm betrachtet, wodurch die Menschen ihre gegenseitigen Verhältnisse regeln; so ergiebt sich, wie bereits wiederholt hervorgehoben worden, als oberstes Princip für die Gestaltung des Rechts nothwendig im Allgemeinen: das persönliche Interesse der Einzelnen — utilitas singulorum im Gegensatze zum Gemeinwohl — und insbesondere: die Wahrung und Realisirung der subjectiven Willensfreiheit der Einzelnen. Das Recht soll und muß sich darauf beschränken, die Rechtssphären der einzelnen Rechtssubjecte, — d. h. wie bereits erwähnt, nach der consequenteren römischen Auffassung der einzelnen patres familias — abzugrenzen und gegen Eingriffe zu schützen, innerhalb seiner Rechtssphäre aber dem Einzelnen die volle ursprüngliche Souveränetät zu lassen.

Hat das Recht dagegen seinen Ursprung im Sittengesetze, so bestimmt selbstverständlich auch der Inhalt des Sittengesetzes den Inhalt des Rechts, und nur darin differiren, wie bereits erwähnt, die griechische und germanische Rechtslehre von einander, daß die erstere den ganzen Inhalt des Sittengesetzes, die letztere dagegen nur die unter eine bestimmte Kategorie fallenden Vorschriften

desselben zum Rechte erhoben wissen will. Wir werden daher, um das oberste Princip für die Gestaltung des Rechts zu finden, zunächst auf unser eigenes sittliches Bewußtsein verwiesen, sodann aber, weil dessen Inhalt ein bedingter ist, daneben auf diejenigen objectiven Erkenntnißquellen, aus denen das sittliche Bewußtsein der Menschen seinen Inhalt entnimmt, und an denen es sich, wo es durch Leidenschaft, Vorurtheil, Eigennutz u. s. w. getrübt ist, oder überhaupt eine unberechtigte subjective Färbung trägt, zu rectificiren hat. Diese Erkenntnißquellen sind: die natürliche Ordnung der Welt und die Geschichte, weil, wenn es überhaupt einen persönlichen Gott, der die Welt erschaffen hat und regiert, oder ein unpersönliches Ethos giebt, das sich in der Welt und in der Geschichte der Menschheit realisirt, sein Walten aus der natürlichen Ordnung der Welt sowohl, als aus der Geschichte erkannt, und folglich auch der Inhalt seiner Gebote aus beiden muß entnommen werden können.

Die natürliche Ordnung der Welt, welcher Erkenntnißquelle die Griechen sich vorzugsweise zuwenden, zeigt uns eine Menge von Zuständen und Verhältnissen, welche sich ohne Weiteres als Bedingungen des menschlichen Daseins darstellen, und zugleich bestimmte Beziehungen zwischen den einzelnen Menschen begründen. Das Verhältniß von Mann und Weib zu einander, und die an dieses Verhältniß geknüpfte Fortpflanzung des Menschengeschlechts, die Erziehungs- und Schutzbedürftigkeit der Kinder und die natürliche Liebe der Eltern und Kinder und überhaupt der Blutsverwandten zu einander, das Verhältniß des Menschen zur Sachenwelt, deren er zu seiner Existenz und auch sonst in der mannigfachsten Weise bedarf, das Verhältniß der Menschen zu einander, welche alle ein

Recht auf eine ihrer Individualität entsprechende Existenz haben und für die Realisirung ihrer sittlichen Lebenszwecke der gegenseitigen Hülfe und Unterstützung bedürfen, — das alles sind Verhältnisse, welche in der natürlichen Ordnung der Welt und des menschlichen Lebens begründet sind. Sie müssen daher, wenn es überhaupt eine weltordnende Potenz giebt, nothwendig als von dieser nach einem bestimmten höheren Plane so geordnet betrachtet werden, folglich auch einen bestimmten sittlichen Zweck haben und diesen ihren Zwecken entsprechend haben die Menschen als sittliche Wesen sie zu behandeln. Die natürliche Ordnung des menschlichen Lebens bildet demnach die Grundlage der sittlichen und rechtlichen Ordnung desselben, und maaßgebend für die Gestaltung des Rechts ist also die Natur und der höhere sittliche Zweck (τέλος) der natürlichen Verhältnisse [1]).

Die andere Erkenntnißquelle, der die Anschauungsweise der germanischen Völker sich mehr zuneigt, ist die Geschichte. Betrachten wir die geschichtliche Entwickelung des Lebens einer Nation, so mag freilich immerhin zugegeben werden, daß Willkür, Eigennutz und Leidenschaft auf die Gestaltung desselben nicht ohne Einfluß gewesen sind. Daneben aber ist doch auch gewiß, daß, im Ganzen und Großen betrachtet, die früheren

[1]) So folgert z. B. Aristoteles aus dem Verhältniß des Mannes zu Weib und Kindern, daß ihm die Herrschaft über beide gebührt, daß aber, weil das Verhältniß zu beiden ein verschiedenes ist, auch die Natur der Herrschaft eine verschiedene sein muß, und daß der Mann über das Weib πολιτικῶς über die Kinder βασιλικῶς herrsche. So rechtfertigt er ferner aus der Natur des Hauswesens und aus der Verschiedenheit der geistigen Anlagen der Menschen die Sklaverei und ebenso leitet er endlich aus der Natur des Staates, in welchem nicht Alle alles thun können, und in welchem jeder die seiner Individualität entsprechende Stellung einzunehmen hat, die Regeln ab, nach denen die Verfassung zu construiren ist u. s. w.

Generationen die Zustände und Institutionen, welche uns umgeben, in Gemäßheit ihrer sittlichen Vorstellungen geschaffen und weiter gebildet haben; und insoweit dies der Fall ist, sind ihre Schöpfungen, weil die sittlichen Vorstellungen, von denen sie geleitet würden, von Gott stammen, als ein Product des göttlichen Willens, oder wenn man an die Stelle eines persönlichen Gottes ein unpersönliches Ethos setzt, als eine Manifestation dieses Ethos zu betrachten. Der historische Bestand ist daher zwar keine unmittelbare Schöpfung Gottes, — er ist unzweifelhaft zunächst durch menschliche Thätigkeit entstanden und trägt, wie alles Menschenwerk, unzweifelhaft den Stempel menschlicher Schwäche und Unvollkommenheit; — aber er ist, insoweit die früheren Generationen sich bei der Gestaltung desselben durch das in den Aeußerungen ihres sittlichen Bewußtseins sich manifestirende, von Gott stammende Sittengesetz haben bestimmen lassen, eine mittelbare Schöpfung Gottes, und als solche ist er von den Menschen zu respectiren und zu behandeln. Als eine solche mittelbare Schöpfung Gottes unterliegt er natürlich unserer Kritik, und wir sind im weitesten Umfange sittlich berechtigt und verpflichtet, zu untersuchen, was in ihm göttlichen und was menschlichen Ursprungs ist, was in ihm eine bleibende und was eine nur vorübergehende Bedeutung habe. Auch sind wir nicht verpflichtet, uns auf eine Erforschung des gegenwärtigen Bestandes und seiner geschichtlichen Entwickelung zu beschränken und der Vorsehung die weitere Fortbildung desselben zu überlassen, — wie man dies, gleichviel ob mit Recht oder Unrecht, gewöhnlich als das Princip der historischen Schule ansieht; — denn wir sind unzweifelhaft ebenso gut wie die früheren Generationen befugt, unser Leben unserer Erkenntniß des göttlichen Willens gemäß zu gestalten,

und folglich auch den historischen Bestand demgemäß, und wenn es sein muß vom Grund aus, zu reformiren. — Allein ebenso wie das „Herkommen" eine Autorität für uns bildet, weil es ein objectives Zeugniß dafür ist, daß unsere juristische Ueberzeugung nicht blos auf einer subjectiven Auffassung beruht, sondern daß das, was wir für Recht halten, auch schon früher als Recht gegolten hat; so enthält auch der historische Bestand und seine geschichtliche Entwickelung ein objectives Zeugniß dafür, von welchen sittlichen Voraussetzungen die früheren Generationen ausgegangen sind, welche sittliche Zwecke sie verfolgt, und wie sie dieselben durch die von ihnen geschaffenen Zustände und Institutionen haben realisiren wollen, und als solches bildet er eine Autorität, deren Gültigkeit auch von einem sittlichen Volke nie bezweifelt worden ist. Die letzte Entscheidungsquelle für unser Handeln, und folglich auch für die Gestaltung unseres staatlichen und socialen Lebens muß freilich immer unser eigenes sittliches Bewußtsein bleiben, — „das natürliche oder Gottesrecht soll und muß allen anderen Satzungen und Gewohnheiten vorgezogen werden" und „gesatzt Recht mag kein natürlich Recht abthun." — So lange wir aber nicht berechtigt sind, der gegenwärtigen Generation die Berechtigung und Fähigkeit zur Erkenntniß des göttlichen Willens ausschließlich zu vindiciren, so lange bildet auch der historische Bestand als objectives Zeugniß von den sittlichen Voraussetzungen und Motiven der früheren Generationen eine objective Erkenntnißquelle des Sittengesetzes, und dient als solche zur Bestätigung, zum Verständniß und zur Berichtigung unseres eigenen sittlichen Bewußtseins, dessen Inhalt nach den einmal bestehenden Gesetzen geschichtlicher Entwickelung durch die natürliche und geschichtliche Ordnung unseres Lebens vermittelt und bedingt wird.

Das oberste Princip für die Gestaltung des Rechts ist demnach für den germanischen Standpunkt der aus der natürlichen und geschichtlichen Ordnung unseres Lebens sich ergebende höhere sittliche Zweck der einzelnen Lebensverhältnisse.

§. 7.

Das Verhältniß des Rechts zum Sittengesetze und zur Religion.

Das Verhältniß des Rechts zum Sittengesetze und zur Religion ist der Cardinalpunkt, um den sich alle Gegensätze zwischen dem römischen und germanischen Rechte drehen, und die Verschiedenheit dieses Verhältnisses nach griechischem, germanischem und römischem Princip hat daher schon mehrfach berührt werden müssen. Es wird daher hier die Wiederholung des Resultates genügen, um daran noch einige Bemerkungen namentlich in Beziehung auf das römische Recht zu knüpfen.

Die griechische und germanische Rechtslehre gehen also, wie bereits gesagt, davon aus, daß der Inhalt des Rechts schon durch das Sittengesetz gegeben und vorgezeichnet sei, das Recht sich zum Sittengesetze wie der Schmetterling zur Raupe verhalte. Sie differiren aber darin von einander, daß die griechische Rechtslehre, weil sie die Realisirung des Ethos als die unmittelbare Aufgabe des Staates betrachtet, den ganzen Inhalt des Sittengesetzes zum Rechte erhoben und dadurch verwirklicht wissen will, — so daß ein eigentlicher Unterschied zwischen Recht und Sittlichkeit überall nicht besteht, wie denn auch die Griechen einen solchen in Wirklichkeit nicht kennen; — die germanische Rechtslehre dagegen auf dem Princip beruht, daß die

Erfüllung des Sittengesetzes auch im Staate die freie That der Einzelnen bleiben, und durch Staat und Recht nur das sittliche Thun der Menschen geschützt und gefördert werden soll. — Die praktische Wichtigkeit dieser Differenz ist klar. Die Griechen kennen nur eine Institution, innerhalb und mittelst welcher das Ethos sich realisirt, den Staat. Diesem fällt die ganze Aufgabe zu; er ordnet den Cultus, erzieht die Menschen zur Tugend, ermittelt und stellt für alle Verhältnisse und Beziehungen die Grundsätze der Sittlichkeit fest, und hält die Menschen zu deren Erfüllung an. Die germanische Rechtslehre dagegen geht davon aus, daß nach dem Ausdrucke des Sachsenspiegels Gott zwei Schwerter in die Welt gesetzt hat, zu beschirmen die Christenheit. In die Functionen des griechischen Staates theilen sich nach ihr Kirche und Staat, als zwei selbstständig neben einander bestehende Institutionen, dergestalt, daß der Kirche die Aufgabe zufällt, den Menschen den Willen Gottes zu verkündigen, und sie durch die Predigt des göttlichen Wortes und mit den Mitteln geistlicher Zucht zur Erfüllung desselben zu bewegen, dagegen „der Kaiser mit weltlichem Rechte zwingen soll, was der Papst mit geistlichem Rechte nicht überwinden mag." — Nach der griechischen Ansicht steht ferner, weil der Staat das ganze Leben der Bürger nach den Grundsätzen der Sittlichkeit ordnen soll, und die Bürger die zum Recht erhobenen Grundsätze der Sittlichkeit ohne eigene Prüfung als die wahren ethischen Normen hinzunehmen haben, der Einzelne in einer absolut abhängigen Stellung zum Staate; er hat nur Pflichten ohne Rechte. Von einer Sphäre, innerhalb welcher er nach seinem individuellen sittlichen Ermessen zu schalten berechtigt wäre, kann daher im griechischen Staate keine Rede sein, und der Begriff der persönlichen Freiheit der

Einzelnen geht dabei ebenso wie der Begriff der Einzelrechte, welche der Staat als solche zu respectiren hätte, ganz verloren, wie denn auch die griechische Staatslehre in Wirklichkeit solche überall nicht kennt. Die germanische Rechtslehre dagegen geht grade umgekehrt von dem Princip aus, daß der Staat nicht das ganze Leben der Bürger ordnen soll, daß vielmehr innerhalb der durch das Recht nach den Grundsätzen der Sittlichkeit gezogenen Schranken, für jeden Einzelnen eine Sphäre bleiben soll und muß, innerhalb welcher er nach seinem eigenen sittlichen Ermessen zu schalten befugt ist, und daß der Staat diese Sphäre, das Recht des Einzelnen, zu respectiren und zu schützen verpflichtet ist. Das Sittengesetz soll im Staate eben dadurch erfüllt werden, daß jeder in seiner Sphäre in freier Thätigkeit dasjenige vollbringt, was ihm zu thun obliegt, und daß der Staat die Einzelnen in diesem ihren sittlichen Thun schützt.

Das römische Recht dagegen verhält sich in sofern negativ zur Sittlichkeit, als es keine bestimmten sittlichen Vorschriften zu Rechtsvorschriften erheben, sondern nur das Recht des Einzelnen, das Sittengesetz nach seinem subjectiven Ermessen auszulegen und zu erfüllen realisiren will. Es geht, wie gesagt, von der Voraussetzung aus, daß die Erfüllung des Sittengesetzes, — dessen Inhalt sich nur in den subjectiven sittlichen Vorstellungen der Menschen manifestirt, also auch der subjectiven Deutung unterliegt, — Gewissenssache der Einzelnen bleiben müsse, und eben ganz außerhalb der Sphäre des Rechts liege. — Diese Voraussetzung über die Natur des Sittengesetzes spricht sich auch in der römischen Sittenlehre und in ihrem Tugendbegriffe aus. Während nach der griechischen und germanischen Sittenlehre die Uebereinstimmung der Handlungen mit den objectiven Regeln des Sittengesetzes die unerläßliche

Voraussetzung der Tugend ist, und diese grade in der Unterordnung des subjectiven Willens unter jene objectiven Regeln besteht; fordert die römische Sittenlehre nur, daß die Handlungen des Menschen mit seiner subjectiven Auffassung des Sittengesetzes übereinstimmen, und die Tugend besteht nach römischem Begriffe daher in der Uebereinstimmung des Menschen mit sich selbst. Der Mensch soll sich vor keiner äußeren Macht beugen, sich durch nichts außer ihm Liegendes beherrschen oder bestimmen lassen, sondern lediglich durch sich selbst bestimmt und beherrscht werden, das aber, wozu er sich selbst bestimmt hat, auch mit ganzer Seele wollen, und unter allen Umständen und allen Hindernissen gegenüber sich selbst getreu bleiben. Darin, daß er einer Seits seine ganze Persönlichkeit unter das eiserne Gesetz seines Willens zusammenfaßt, daß er sich und seine Leidenschaften beherrscht, nichts Inconsequentes in sich duldet, und schonungslos alle Neigungen und Empfindungen opfert, die mit dem Gesetze seines Willens in Widerspruch stehen, und daß er anderer Seits vor keiner äußeren Macht, sei sie eine göttliche oder menschliche, sich beugt, sondern tenax propositi an dem einmal Gewollten unerschütterlich festhält; — also in der strengen Selbstbeherrschung einer, und der constantia anderer Seits besteht die römische virtus, der das Moment der Gottesfurcht, der Unterordnung unter einen göttlichen Willen gänzlich fehlt [1]). Dieser

---

[1]) Daraus erklärt sich auch die Empfänglichkeit der Römer für die stoische Philosophie so wie für die epicurische Lehre, welche beide einer subjectivistischen Anschauungsweise leichter zugänglich sind; ebenso das Bild, welches die Römer von den Gründern des Staates entwerfen. Jene Tugendlehre spricht sich auch in dem bekannten Verse: **Victrix causa Diis placuit sed victa Catoni**, und in Horaz **Carm. IV. 3.** aus: — **Justum ac tenacem propositi virum — — mente quatit solida — — nec ful-**

Tugendbegriff bestimmt auch das Verhältniß der Römer zum Staat und zum Recht. Mit der ganzen Energie, deren ihr Wesen fähig ist, ordnen sie sich dem Staate und dem Rechte unter, und bringen für die Größe und Herrlichkeit Roms bereitwillig jedes Opfer. Der Grund ihrer Unterordnung aber liegt nicht, wie bei den Griechen und Germanen, in der Voraussetzung, daß Staat und Recht göttliche Institutionen sind, denen die Menschen sich unterordnen müssen; im Gegentheile nach ihrer Ansicht sind Staat und Recht aus dem Willen der Menschen hervorgegangen, und ihre Gründung war eine freie That, welche auch hätte unterbleiben können. Der Grund ihrer Unterordnung liegt vielmehr in der Forderung, daß der Mensch an dem, was er einmal gewollt hat, auch mit der ganzen Kraft seines Willens festhalten muß, wenn nicht um Gottes, so doch um seiner selbst willen, und daß, wer dem Staate und dem Rechte treu bleibt, damit eben nur sich selbst und seinem Willen getreu bleibt.

Die consequente Durchführung des Princips, daß das Recht mit der Sittlichkeit nichts zu thun, und diese dem Gewissen der Einzelnen zu überlassen habe, ist nun aber praktisch unmöglich. Ein Volk, in dem nicht alles sittliche Leben erstorben ist, wird

minantis magna manus Jovis. Si fractus illabatur orbis, impavidum ferient ruinae. — Dies alles zeigt sich namentlich auch in ihrer Auffassung und Behandlung der Sklaverei. Sie verzichten von vorn herein auf eine ethische Rechtfertigung der Sklaverei, wie sie z. B. von den Griechen versucht wird; sie anerkennen im Gegentheile bereitwillig, daß naturali jure omnes homines liberi nascuntur, und daß die Sklaverei eine constitutio juris gentium contra naturam introducta sei. Ihr Tugendbegriff fordert aber nicht, daß der einzelne paterfamilias die Sklaven, die er hat, entlasse, und noch weniger fällt ihnen ein, daß es die Aufgabe des Staates sein könne, die Sklaverei als ein sittlich verwerfliches Institut aufzuheben.

entschiedenen Unsittlichkeiten gegenüber immer die Nothwendigkeit einer Repression fühlen. Dies liegt in der Natur des sittlichen Bewußtseins, dem sich die Erfüllung der darin sich manifestirenden sittlichen Normen als eine Nothwendigkeit darstellt, und das obige Princip kann daher nur so lange consequent festgehalten werden, als diejenigen Potenzen, welche principmäßig die Regulatoren des sittlichen Lebens sein sollen, d. h. das Gewissen der Einzelnen und die öffentliche Meinung, im Stande sind, dieser ihrer Aufgabe zu genügen. Sobald sich das Gegentheil zeigt, wird ein sittliches Volk, auch wenn seine Anschauungsweise auf das Subjectivitätsprincip gegründet ist, doch die Nothwendigkeit irgend eines Einschreitens fühlen, und weil ein directes Einschreiten nach seiner ganzen Anschauungsweise und der darauf gegründeten Construction des Rechts nicht möglich ist, diesem Bedürfnisse auf indirectem Wege Befriedigung zu verschaffen suchen. — Ein solches Bestreben zeigt sich bei den Römern schon ziemlich frühe, und dasselbe nimmt in eben dem Maaße zu, in welchem die sittliche Kraft und der Stolz der Römer verschwindet, bis denn endlich unter den christlichen Kaisern die leitenden Principien auf manchen Rechtsgebieten nur noch eine theoretische Bedeutung behalten, in ihrer praktischen Anwendung aber überall durch singuläre Bestimmungen beschränkt sind. Dadurch erhält das römische Recht in der Wirklichkeit natürlich in manchen Beziehungen eine andere Gestalt, als es seiner principiellen Anlage nach haben mußte, und der praktische Unterschied zwischen ihm und dem germanischen Rechte stellt sich daher in Wirklichkeit so, daß das germanische Recht von vorn herein von dem Inhalte des Sittengesetzes ausgeht, und dem höhern sittlichen Zwecke der einzelnen Verhältnisse gemäß gestaltet ist, das römische Recht dagegen in seiner

ursprünglichen Anlage auf das Princip der natürlichen Freiheit gegründet ist, den wirklich hervortretenden Unsittlichkeiten jedoch hinterher auf indirectem Wege oder durch singuläre Modificationen zu begegnen sucht. Die nähere Ausführung dieses Satzes gehört natürlich dem speciellen Theile an; bei der Wichtigkeit desselben möge er jedoch schon hier an einigen Beispielen erläutert werden. — So ist z. B. die Ehe, als das Fundament des Familienlebens, ein sittlich unauflösliches Verhältniß und eine willkürliche Aufhebung derselben von Seiten der Ehegatten sittlich verwerflich. Daher wird sie im germanischen Rechte schon zur Taciteischen Zeit in den Eheschließungsfeierlichkeiten [1]) als ein unauflösliches Verhältniß dargestellt, und — vielleicht mit durch Einwirkung des Christenthums — zu einem Institute, dessen Bestand von dem Willen der Ehegatten unabhängig ist. Die Römer sehen die Ehe natürlich auch als ein sittlich unauflösliches Band an, und die erste willkürliche Ehescheidung erregte bekanntlich die allgemeinste Entrüstung. Diese sittliche Betrachtung aber ist für die rechtliche Behandlung irrelevant; die Erfüllung der sittlichen Normen soll und muß dem Gewissen der Einzelnen überlassen bleiben, und daher wird von den Römern bis in die späteste Zeit das Princip der freien Scheidung festgehalten. Daß man aber dem damit getriebenen Mißbrauch nicht ruhig zusehen kann, ist klar, und daher straft in älterer Zeit wenigstens der Censor einen solchen Mißbrauch, und später wird dem Ueberhandnehmen desselben durch willkürlich ersonnene Vermögensstrafen entgegengearbeitet. — Ebenso ist's mit der väterlichen Gewalt. Vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet ist der Vater der natürliche Vormund der Kinder, so lange diese

[1]) Tacitus Germania Cap. 18.

des Schutzes und der Erziehung bedürftig sind, und demgemäß wird im germanischen Rechte das Verhältniß des Vaters zu den Kindern auch einfach als ein vormundschaftliches Verhältniß, — mundium, tutela — construirt, das mit dem Momente, wo die Kinder selbstständige Lebensverhältnisse begründen, seine natürliche Endschaft findet, und bei dessen Beendigung dann das bis dahin unter der Verwaltung des Vaters befindlich gewesene Vermögen der Kinder herausgegeben werden muß. Daß die Römer die sittliche Stellung des Vaters zu den Kindern anders aufgefaßt, und etwa die väterliche Gewalt für ein sittlich unbeschränktes Recht gehalten hätten, haben wir anzunehmen keinen Grund. Allein diese sittliche Betrachtung ist wiederum völlig gleichgültig für die rechtliche Behandlung des Verhältnisses. Wie der Vater sein sittliches Verhältniß zu seinem Kinde auffaßt und behandelt, das ist Sache seines Gewissens; vom Standpunkte des Rechts betrachtet ist er der absolute Herr des Kindes, und dieses ist, wie im Zustande der natürlichen Freiheit, so auch im Staate der gleichen Gewalt unterworfen, wie der Sklave und jedes andere Vermögensobject. Ein offensichtlicher Mißbrauch dieses Rechtes kann aber natürlich auch hier nicht geduldet werden, und so finden wir denn freilich, daß, als ein Vater seinen Sohn im Zorne tödtete, Hadrian ihn mit Deportation bestrafte, daß ferner der Vater angehalten wird, seine Kinder zu alimentiren, daß unter den späteren Kaisern die Aussetzung der Kinder verboten wird, bis endlich unter den christlichen Kaisern das Tödtungsrecht des Vaters ganz aufgehoben, das Verkaufsrecht auf enge Grenzen beschränkt und das Recht des Vaters auf den Erwerb der Kinder durch das Institut der Peculien wesentlich modificirt wird. — Ebenso im Sachenrechte. Das germanische Recht faßt das Eigenthum als ein sittlich

beschränktes Herrschaftsrecht auf, kommt von diesem Begriffe aus ganz natürlich zu dem Resultate, daß auch das Veräußerungsrecht des Eigenthümers ein sittlich beschränktes ist, und gestattet demjenigen, der gesetzliche Erben hat, Veräußerungen von Immobilien nur im Falle echter Noth oder mit Einwilligung der Erben, Vergabungen auf dem Siechbette und von Todeswegen überall nicht anders als unter solcher Einwilligung. Das römische Recht faßt das Eigenthum natürlich als ein Recht absoluter Herrschaft über die Sache auf, gesteht demzufolge auch dem Eigenthümer die unbeschränkte Veräußerungsbefugniß zu, und überläßt es lediglich seinem Gewissen, ob er sein Vermögen nach seinem Tode seinen Kindern hinterlassen oder Fremden zuwenden will. Allein wenn wirklich ein Vater ohne Grund von dieser ihm schlechthin zustehenden Enterbungsbefugniß Gebrauch macht, so ist freilich gegen die Rechtsgültigkeit des Testaments nichts einzuwenden; es wird jedoch, weil das doch nicht geduldet werden kann, den Kindern und im umgekehrten Falle den Eltern mit der Fiction, der Testator sei nicht bei gesunden Sinnen gewesen, geholfen. — Ebenso endlich im Vertragsrechte. Während das germanische Vertragsrecht einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet ist, daß Verträge erfüllt werden müssen, geht das römische Recht von dem Princip aus, daß die Erfüllung der sittlichen Verbindlichkeit, die aus dem Vertrage entspringt, Gewissenssache des Einzelnen bleiben müsse, und daß selbst ein eidlich bestärkter Vertrag keine Klage erzeuge. Dies wird als Princip bis auf die letzte Zeit festgehalten; aber freilich eine exceptio giebt der Prätor aus dem Vertrage und aus dem constitutum selbst eine Klage, — quia pacta servanda sunt. —

Ein Institut, das in dieser Beziehung besondere Beachtung

verdient, ist die Censur. Bei der durch das fragliche Princip bedingten ganzen Anlage des römischen Rechts war gegen unsittliche Handlungen, welche nicht zugleich eine Verletzung eines Rechts dritter Personen involvirten, so wenig im Wege des Civilrechts als des Criminalrechts einzuschreiten, und dem sittlichen Bewußtsein des Volkes, welches durch dieselben verletzt wurde, fehlte es, wenn auch in manchen Fällen, wie die angeführten Beispiele zeigen, auf indirectem Wege geholfen werden konnte, doch in vielen anderen Fällen an einem rechtlich möglichen Mittel, dagegen etwas zu thun. Nichts desto weniger war das sittliche Bedürfniß einer Repression bei solchen offenbaren Unsittlichkeiten vorhanden, und da es auf andere Weise nicht befriedigt werden konnte, so fühlten sich die Censoren veranlaßt, hier eigenmächtig einzuschreiten. Ein solches Einschreiten war in sofern ein eigenmächtiges nach unseren Begriffen, als dies nicht im Zwecke ihres Amtes lag; — denn die Aufgabe der Censoren war das Vermögen der einzelnen Bürger zu schätzen, und sie danach in die entsprechende Vermögensklasse einzurangiren; — aber es war bei der eigenthümlichen Gestaltung des römischen Staatsrechts factisch und, wenn man will, rechtlich möglich. Wie bei allen Magistraten, so gab es auch gegen die Entscheidung der Censoren keine Berufung an eine höhere Instanz, und wer durch einen ungerechten Ausspruch des Censors in dem Genusse seiner öffentlichen Rechte beeinträchtigt war, mußte es sich wohl oder übel gefallen lassen. Der Ausspruch des Censors bildete formelles Recht. Diese ihre souveräne Stellung benutzten die Censoren, um dem Verfall der guten Sitten entgegen zu arbeiten, und das Volk duldete und billigte diese Willkürlichkeit im Interesse der Sittlichkeit. Daß die Censoren dabei ihre Amtsbefugnisse überschritten, war wenigstens

nach unseren Begriffen von Amtsbefugniß nicht wohl zu bezweifeln; auch fehlt der innere logische Zusammenhang, wenn die mit der Vermögensschätzung beauftragten Magistrate aus dem Grunde, weil jemand seine Frau verstoßen oder einen Meineid geschworen hatte, ihn unter die capite censi setzten; endlich war ein solches Verfahren in seinen Consequenzen für die persönliche Freiheit jedes einzelnen Bürgers höchst gefährlich. — Indeß das Volk hatte doch die Befriedigung, daß derjenige, dem von Rechtswegen eine Strafe für seine Unsittlichkeit nicht zu Theil werden konnte, auf diesem Wege die ihm gebührende Züchtigung erhielt, und aus diesem Grunde duldeten und billigten denn auch die Römer trotz der Eifersucht, mit der sie sonst über ihre persönliche Freiheit wachten, ein Verfahren, das sie schwerlich gelitten haben würden, wenn sie jenem sittlichen Bedürfnisse auf andere Weise Befriedigung zu verschaffen vermocht hätten.

Ganz ebenso wie zur Sittlichkeit verhält sich das römische Recht auch zur Religion. Während anderen Völkern das Recht eine Norm ist, welche von Gott stammt, daher grade auf die religiösen Vorstellungen des Volkes gegründet und von ihnen durchdrungen ist, ist es bei den Römern eine Norm, die mit der Religion gar nichts zu thun hat, und die die Menschen nicht nach ihren religiösen Vorstellungen, sondern nach ihrem gesunden Menschenverstande festgesetzt haben. Die Sage, wonach Romulus durch seine und seiner Genossen eigene Kraft den Staat gegründet und eingerichtet, und erst der zweite König den Cultus geordnet hat, ist für das römische Leben bezeichnend. Staat und Recht nehmen darin entschieden die erste, die Religion aber die zweite Stelle ein. Der Cultus geht neben dem Staats- und Rechtsleben her und wir finden bei den wichtigeren Acten des

letzteren auch religiöse Feierlichkeiten. Diese aber erscheinen dabei als etwas Accidentelles, was auf den Inhalt jener Acte keinen Einfluß hat[3]). Aus diesem Verhältnisse erklärt sich auch die eigenthümliche Erscheinung, daß, während das Staats- und Rechtsleben der Römer einen durchaus primitiven Charakter trägt, ihre Religion überall auf fremden Ursprung hinweist, und die Römer in der Reception neuer Götter eben nicht difficil waren. Wäre das Verhältniß des römischen Rechts zur Religion nicht ein rein negatives, so würde auch die spätere Reception desselben nicht wohl möglich gewesen sein. Aber daß dies möglich war, daß ein Recht, welches von einem heidnischen Volke ausgebildet ist, später ohne principielle Umgestaltung von christlichen Völkern recipirt werden konnte, und daß seine Verehrer ihm den Charakter der Universalität vindiciren können, kann nur darin seinen Grund haben, daß es in keinem positiven Verhältnisse zu der Religion des Volkes steht, von dem es erzeugt worden ist.

§. 8.
Aeußere Verschiedenheiten in Bezug auf Entstehung und Geltung des Rechts.

Die Verschiedenheit des Rechtsbegriffs hat endlich noch zwei für den Charakter des Rechts wichtige Verschiedenheiten zur Folge, welche hier wenigstens kurz erwähnt werden mögen.

Nach der römischen Ansicht über Wesen und Entstehung des Rechts versteht sich von selbst, daß ein Rechtssatz nur durch

---

[3]) In der ältesten Zeit war dies allerdings anders. Dies war jedoch nur eine Folge des bereits erwähnten Dualismus des ältesten Rechts. Auch steht das jus Quiritium gleich anfangs als menschliches Recht dem göttlichen Rechte als ein von ihm unabhängiges Recht gegenüber, und verdrängte das letztere ziemlich frühe von dem Boden des eigentlichen Rechtslebens.

den Willen des Volkes, d. h. der Gesammtheit der im Staate verbundenen Personen oder der von dieser Gesammtheit mit der erforderlichen Machtvollkommenheit ausgerüsteten Magistrate entstehen kann. Jene Gesammtheit ist die rechtserzeugende Potenz; jeder Rechtssatz muß daher unmittelbar oder mittelbar auf ihren Willen zurückgeführt werden können, und außer ihr kann Niemand Recht schaffen. Daneben folgt aus dem obersten Princip für die Gestaltung des Rechts, daß das Recht für alle Personen gleich sein muß. Die Verschiedenheit der sittlichen Lebensaufgaben und sittlichen Vorstellungen der Menschen in den verschiedenen Provinzen des Staates und in den verschiedenen Lebenssphären berührt das Recht überall nicht; der Begriff des Subjects und der subjectiven Willensfreiheit ist überall und in allen Lebensverhältnissen derselbe; und da alle Rechtssubjecte den gleichen Anspruch auf subjective Willensfreiheit machen, so ist kein vernünftiger Grund denkbar, für die verschiedenen Lebenssphären und die verschiedenen Gegenden verschiedene Rechtsnormen aufzustellen. — Politische Rücksichten können eine Abweichung von diesem Princip fordern, und überhaupt historische Gründe ein anderes Resultat herbeiführen, und so finden wir auch bei den Römern im Anfange ihres geschichtlichen Lebens verschiedene Stände mit verschiedenem Rechte. Diese Rechtsungleichheit aber bleibt immer ein Verstoß gegen das obige Princip, und daher verschwindet dieselbe auch bei der weitern Entwickelung des römischen Lebens mehr und mehr und macht allmählig einer abstracten Rechtsgleichheit sowohl im öffentlichen als im Privatrechte Platz.

Nach der griechischen Ansicht hat das Recht seinen Ursprung zwar nicht in dem Willen des Volkes, sondern im Ethos; weil aber der Staat die Form und das Mittel ist, worin und

wodurch das Ethos realisirt wird, so geht auch nach der griechischen Ansicht alles Recht vom Staate aus, und dieser ist ausschließlich befugt, Rechtsnormen aufzustellen. Dagegen kann von einer Rechtsgleichheit im römischen Sinne bei den Griechen keine Rede sein. Die Natur des Staatslebens bringt es mit sich, daß nicht Alle dasselbe thun, sondern daß sie sich in die verschiedenen Functionen des Staatslebens theilen, und der Staatszweck kann nur dann vollkommen erfüllt werden, wenn jeder im Staate die seiner ganzen Persönlichkeit entsprechende Stellung einnimmt. Dies soll nun auch nach der griechischen Ansicht grade durch den Staat geregelt und nicht der Willkür der Einzelnen überlassen bleiben. Der Staat soll jedem seine Stellung und Aufgabe anweisen, und wie danach von einer Gleichheit des Rechts für alle Bürger nur in sofern die Rede sein kann, als alle in gleicher Weise der Allgewalt des Staates unterworfen sind, so liegt es auch in der Natur der Sache, daß in soweit die Verschiedenheit der den Einzelnen zugewiesenen Aufgaben eine Verschiedenheit ihrer Lebensregeln zur Folge hat, auch das für sie geltende Recht ein verschiedenes sein muß.

Das germanische Recht endlich weicht in beiden Beziehungen vom römischen ab. Soll die Erfüllung des Sittengesetzes im Staate die freie That der Einzelnen bleiben und der Staat grade diese sittliche Freiheit der Individuen schützen, so muß er nothwendig auch, soweit dieses ohne Gefährdung der Grundlagen seiner Existenz und seines höheren Zweckes geschehen kann, dem individuellen sittlichen Ermessen der Einzelnen und ihren sittlichen Bedürfnissen Raum geben. Der Staat muß folglich einer Seits, sobald das Volk sich in Berufsstände gliedert, und die Verschiedenheit der Lebensverhältnisse eine Verschiedenheit der Lebensaufgaben und sittlichen Vorstellungen zur

Folge hat, bei der Gestaltung des Rechts dieser Verschiedenheit Rechnung tragen, und anderer Seits, weil die sittliche Freiheit der Individuen ihnen auch innerhalb des Staates das Recht giebt, sich für die Realisirung ihrer besonderen sittlichen Lebenszwecke mit einander zu verbinden, jedem selbstständigen Lebenskreise die, allerdings der Oberaufsicht des Staates unterliegende und durch sie beschränkte, Befugniß gewähren, das seinen besonderen Verhältnissen und Bedürfnissen entsprechende Recht im Wege der Autonomie selbst zu gestalten. Sind die Lebensverhältnisse und die durch sie bestimmten Lebensaufgaben und sittlichen Vorstellungen beim Bauern anders, als beim Handwerker und Kaufmann, und bei diesem wiederum anders als beim größern Grundbesitzer und Gelehrten, die Verhältnisse und Bedürfnisse einer städtischen Gemeinde anders als die einer ländlichen, so muß dem Princip der germanischen Staatslehre nach auch allen gestattet werden, ihr Leben diesen ihren besonderen Lebensverhältnissen und Lebenszwecken gemäß zu gestalten. Eine Gleichheit des Rechts im römischen Sinne würde nach diesem Princip eine Tyrannei gegen alle sein, weil sie alle gleichmäßig hindern würde, ihre individuellen sittlichen Bedürfnisse zu befriedigen, und die Rechtsgleichheit aller besteht nach dem germanischen Rechte vielmehr darin, daß allen gleichmäßig Raum gegeben wird, ihr Leben ihren individuellen sittlichen Vorstellungen gemäß zu gestalten, und daß jeder „bei seinem Stand und Wesen geschützt und erhalten" werde. Die Geschichte des römischen und die des germanischen Rechts bilden in dieser Beziehung einen directen Gegensatz. Bei den Römern finden wir zu Anfang ihres geschichtlichen Lebens zwei scharf geschiedene Stände; das fortwährende Streben der Römer aber geht dahin, alle inneren Kämpfe hatten diesen und eigentlich nur diesen Zweck, diese Standesunterschiede

zu beseitigen, und das Princip der abstracten Rechtsgleichheit durchzuführen. Bei den Germanen finden wir zu Anfang ihres geschichtlichen Lebens keine oder doch nur schwach gezeichnete Standesunterschiede; das ganze Streben des Mittelalters aber geht, als das Volk sich in Berufsstände gliedert, dahin, die dadurch begründeten Verschiedenheiten der Lebensverhältnisse möglichst scharf auszuprägen, und dadurch den einzelnen Berufsständen und Lebenskreisen die volle Entwickelung ihres individuellen Lebens möglich zu machen.

Zweites Capitel.

Das Recht im subjectiven Sinne.

---

§. 9.

Entstehung des Rechts.

Nach dem römischen Princip ist die Entstehung des Rechts einfach folgende. Vermöge des außerhalb des Staates geltenden Rechts der Stärke ist jeder befugt, seine Willensherrschaft so weit auszudehnen, als seine physische Kraft reicht. Was er seiner Willensherrschaft unterwirft, gehört ihm; die Sache, die er erbeutet, ist sein Eigenthum, der Mensch, den er besiegt, ist sein Sklave, und dieses Herrschaftsverhältniß besteht so lange zu Recht, als der Besitzer den Willen und die Macht hat, dasselbe zu behaupten. Der Entstehungsgrund des Rechts ist folglich der Wille des Erwerbers und seine Macht, diesen Willen zu realisiren. Durch die Gründung des

Staates erhalten die dergestalt entstandenen Herrschaftsverhältnisse der einzelnen Mitglieder des Staates in sofern den Charakter der Unverletzlichkeit, als sie jetzt durch den Willen der Gesammtheit geschützt werden; Entstehungsgrund und Wesen des Rechts erleiden dadurch aber begreiflicher Weise keine Veränderung. Die factische Herrschaft bleibt immer die Grundlage des Rechts; der Entstehungsgrund des Rechts liegt nach wie vor in dem Willen des Erwerbers und seiner Macht, diesen Willen zu realisiren, und jeder Rechtserwerb muß nach wie vor auf das Princip der Beute, des manu capere, zurückgeführt werden. Der Unterschied zwischen jetzt und früher besteht lediglich darin, daß, weil die einmal auf solche Weise entstandenen Rechte der Mitglieder des Staates unter dem Schutze des Gesammtwillens stehen, einer dem andern wider dessen Willen nichts wegnehmen darf, die Begründung eines Rechts, wodurch ein bestehendes Recht aufgehoben wird, also voraussetzt, daß der zum Widerspruche Berechtigte die Erwerbshandlung duldet[1]. —

Völlig anders muß die Entstehung des Rechts natürlich vom Standpunkte des germanischen Rechts aus gedacht werden. Daß der Mensch, welcher der Außenwelt zur Erreichung seiner sittlichen Lebenszwecke bedarf, auch die sittliche Berechtigung hat, die zur Erreichung jener Zwecke dienenden Rechts- und Herrschaftsverhältnisse zu begründen, unterliegt freilich keinem Zweifel. Er ist aber, wie in allen Dingen, so

[1]) Ein Mehreres als dieses Dulden, namentlich ein Geben von Seiten des bisherigen Herrn, ist also nicht erforderlich. Auch im Staate ist jeder Rechtserwerb in sofern ein originärer, als das Recht durch den Willen des Erwerbers begründet wird und der Wille des frühern Herrn nur in sofern in Betracht kommt, als er der Realisirung jenes Willens nicht hindernd entgegentritt. — Im Wesentlichen stimmt hiermit Ihering a. a. O. S. 103 ff. überein.

auch bei der Ausdehnung seiner Herrschaft über die Außenwelt von Anfang an an die Vorschriften des Sittengesetzes gebunden, und es handelt sich folglich bei der Begründung eines Herrschaftsverhältnisses nicht sowohl um den Willen des Erwerbers und seine physische Kraft, diesen Willen zu realisiren, als vielmehr zunächst und hauptsächlich um seine sittliche Berechtigung dazu. Wo diese fehlt, kann durch den Willen des Erwerbers und seine physische Kraft wohl eine factische Herrschaft hervorgebracht, allein, — weil sie die fehlende sittliche Berechtigung nicht zu produciren vermögen, und weil es allen Regeln der Ethik widersprechen würde, wenn man demjenigen, welchem die sittliche Berechtigung fehlte, eine Sache zu erwerben, die sittliche Berechtigung zugestehen wollte, dieselbe zu behalten, weil er sie dessenungeachtet nun einmal genommen hat, — nun und nimmer ein Recht begründet werden.

Der eigentliche Entstehungsgrund des Rechts ist daher die sittliche Berechtigung des Inhabers zur Begründung und Ausübung desselben, und nach der germanischen Rechtslehre entsteht das Recht in folgender Weise. Mit der Pflicht, das Sittengesetz zu erfüllen, ist den Menschen selbstverständlich auch das Recht zu solcher Erfüllung gegeben, und wenn das Sittengesetz gebietet, die in der natürlichen Ordnung des menschlichen Lebens begründeten Verhältnisse und Beziehungen ihrem höhern sittlichen Zwecke gemäß zu behandeln, so folgt daraus von selbst auch die sittliche Berechtigung der Menschen, sie so zu behandeln, und solche Verhältnisse und Beziehungen zu begründen, welche der Realisirung jener höheren Zwecke dienen. So entspringt z. B. aus der natürlichen Ordnung des Fortpflanzungsprocesses die sittliche Berechtigung zur Ehe; aus dem natürlichen Verhältnisse der Eltern zu den

Kindern, und den dadurch für beide begründeten sittlichen Verpflichtungen, die sittliche Berechtigung der Eltern und zunächst des Vaters, als des natürlichen Hauptes der Familie, die Kinder zu schützen und zu erziehen. So entspringt ferner aus dem natürlichen Verhältnisse des Menschen zur Sachenwelt, vermöge dessen er dieser zu seiner Existenz und zur Erreichung seiner sittlichen Lebenszwecke bedarf, die sittliche Berechtigung, dieselbe seiner Herrschaft zu unterwerfen und zu seinen Zwecken zu gebrauchen. So entspringt endlich aus der gegenseitigen Hülfsbedürftigkeit der Menschen und ihrer sittlichen Verpflichtung, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, die sittliche Berechtigung, sich durch Verträge zu solcher Hülfsleistung oder zu bestimmten Leistungen besonders zu verpflichten, und aus der sittlichen Verpflichtung des Promittenten, sein Versprechen zu erfüllen, die sittliche Berechtigung des Promissars, solche Erfüllung zu fordern u. s. w. —

Nun geht aber die germanische Sittenlehre im Gegensatze zu der griechischen von dem Satze aus, daß die Erfüllung des Sittengesetzes die freie That der Einzelnen sein soll; und wie daraus das Recht des Einzelnen auf freie Bethätigung seines sittlichen Bewußtseins in Erfüllung der ihm zunächst obliegenden Pflichten entspringt, so folgt daraus auch, daß bei den in obiger Weise entstandenen Rechts- und Herrschaftsverhältnissen der Berechtigte, wie die nächste Pflicht, so auch das *nächste Recht* hat, dieselben ihrem höhern sittlichen Zwecke gemäß zu behandeln, und daß das Recht in sofern den *Charakter der Ausschließlichkeit* trägt, als — wenigstens innerhalb bestimmter, durch die Natur des Rechtsverhältnisses gezogener Schranken, — der Berechtigte Raum für die freie Bethätigung seines sittlichen Bewußtseins zu begehren berechtigt ist. Diese

Sphäre, innerhalb deren der Mensch nach seiner sittlichen Ueberzeugung zu schalten befugt ist, ist *sein Recht*, und das Princip der sittlichen Freiheit der Menschen führt ganz von selbst zu dem Satze, daß *wer ein an sich sittlich erlaubtes Rechtsverhältniß auf sittlich erlaubte Weise begründet hat*, auch berechtigt ist, die sittliche Behandlung desselben als sein ausschließliches Recht zu beanspruchen [2]. — Die Bedingung aber ist, wie gesagt, daß das Recht ein „*wohlerworbenes*" ist; ein Begriff, der die ganze germanische Rechtslehre beherrscht, der römischen dagegen völlig fremd ist. Wer also auf sittlich erlaubte Weise eine Sache erworben hat, der ist auch sittlich berechtigt, sie zu besitzen; sie *gehöret ihm* „*von Gott und Rechts Wegen*," und es ist völlig gleichgültig, ob er die physische Kraft hat, diese seine Herrschaft anderen gegenüber zu behaupten. Das Sittengesetz gebietet allen Menschen, dieses Herrschaftsverhältniß um seines sittlichen Ursprungs willen zu respectiren, und dem Besitzer zum Schutze desselben gegen Gewalt und Unrecht beizustehen. Wer dagegen auf sittlich verbotene Weise eine Sache erworben hat, z. B. durch Raub oder Diebstahl, der hat zwar die factische Herrschaft und ist vielleicht stark genug, dieselbe zu behaupten. Sittlich aber ist Niemand verpflichtet, dieses Herrschaftsverhältniß zu respectiren; „von Gott und Rechts Wegen" gehört die Sache nicht ihm, sondern dem Beraubten, und alle Menschen sind sittlich berechtigt und verpflichtet, sie ihm wegzunehmen und dem Beraubten wiederzugeben.

Die Rechte der Einzelnen bestehen daher auch schon vor

---

[2]) Glosse zur Vorrede des Sachsenspiegels: „alles was ich mir *erarbeitet*, das laß mir; was du dir erarbeitet, das hab dir." —

dem Staate, weil eben die sittliche Ordnung, aus der sie entspringen und die ihnen den Charakter der Unverletzlichkeit verleiht, schon von Anfang an besteht. Der Staat realisirt diese sittliche Ordnung nur; er regelt nur den Schutz, den das Sittengesetz jedem wohlerworbenen Rechte verleiht. Daher wird auch durch die Gründung des Staates der Entstehungsgrund und das Wesen des Rechts nicht verändert; vielmehr bleibt nach wie vor das Sittengesetz, und wenn dieses wiederum auf einen persönlichen Gott als seine Quelle zurückgeführt werden muß, Gott die Quelle jedes Rechts.

Geht man von der Voraussetzung eines persönlichen Gottes und einer göttlichen Weltregierung aus, so muß auch noch in einem andern Sinne jedes wohlerworbene Recht auf Gott als seinen Geber zurückgeführt werden. Es hängt nicht blos vom Willen des Menschen ab, in welche Verhältnisse er treten und welche Rechte er erwerben will. Der Mensch will vieles und strebt es zu erreichen; ob es ihm aber gelingt, das hängt nicht von seinem Willen, sondern von Umständen ab, die der Mensch nicht beliebig gestalten kann, wie er will. In welchen Verhältnissen der Mensch geboren wird, und welche Erziehung er empfängt, ob ihm Kinder geboren werden, ob ihm Vermögen durch Erbschaft zufällt, oder seine Arbeit und Mühe gesegnet wird, das sind alles Dinge, die von dem Willen des Menschen unabhängig sind; und wenn es einen Gott giebt, der die Welt geschaffen hat und regiert, wenn ohne seinen Willen kein Sperling vom Dache fällt, so hat der Mensch auch alles, was er auf sittlich erlaubte Weise erworben hat, „durch die Gnade Gottes“ empfangen. Als sittliches Wesen aber soll der Mensch auch ein jedes wohlerworbene Recht als ein Recht betrachten, das ihm von Gott verliehen und das er deshalb auch nach Gottes

Willen zu gebrauchen schuldig ist. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet stellt sich jedes wohlerworbene Recht des Einzelnen als ein Lehen dar, das der Mensch von Gott empfangen hat, das ihm folglich niemand nehmen kann, ohne sich zugleich gegen Gott zu versündigen, das der Inhaber aber auch nach Gottes Willen zu gebrauchen und womit er Gott zu dienen schuldig ist, und der Gegensatz zwischen der römischen und germanischen Ansicht über die Entstehung des Rechts läßt sich daher auch mit wenig Worten dahin bestimmen, daß die Römer jeden Rechtserwerb auf das Princip der Beute, des manu capere, d. h. auf den Willen und die physische Kraft des Erwerbers, die Germanen dagegen auf das Princip des Lehens im höhern Sinne des Wortes, d. h. auf die aus Gottes Willen entsprungene höhere sittliche Weltordnung zurückführen.

Dieser Gegensatz spricht sich mit großer Klarheit in den Rechtsformen aus, welche das ältere römische und germanische Recht für den Erwerb und die Vertheidigung von Rechten haben.

I. Betrachten wir zunächst die Erwerbsformen, so wird, wenn die sittliche Berechtigung des Erwerbers als der Entstehungsgrund des Rechts betrachtet wird, durch die Erwerbsform nothwendig auch grade diese sittliche Berechtigung außer Zweifel gesetzt, der Erwerbsact also als ein sittlich erlaubter dargestellt werden müssen. Der Inhalt und die Bedeutung der Traditionsformeln werden also die sein müssen, daß der bisherige Besitzer sein Recht auf den Empfänger übertragen zu wollen erklärt, daß er diesem die Sache giebt, und daß der Empfänger auf Grund dieser Erklärung sich in den Besitz setzt. Durch jene Erklärung des Tradenten stellt sich der Erwerb für den Empfänger als ein sittlich erlaubter

bar; und weil dies das entscheidende Moment ist, so bildet bei den Traditionsformeln der Germanen die Erklärung des Tradenten einen nothwendigen Bestandtheil der Formel; ja, das ganze Gewicht fällt so vorzugsweise auf diese Erklärung und Handlung des Tradenten, daß der ganze Act davon den Namen erhält, wie z. B. die Ausdrücke Uebergabe, Auflassung u. s. w. und der dem jus gentium angehörige Name Tradition zeigen.

Wenn dagegen das Recht auf den Willen des Erwerbers und seine physische Kraft, diesen Willen zu realisiren, als seinen Entstehungsgrund zurückgeführt wird, so wird es bei der Construction der Erwerbsformeln nur darauf ankommen können, daß der Wille des Erwerbers und die factische Realisirung dieses seines Willens durch sie constatirt wird. Ob der bisherige Besitzer dem Erwerber die Sache geben will oder nicht, das ist gleichgültig, weil es für die Entstehung des Rechts nicht darauf ankommt, ob der Erwerb ein sittlich erlaubter war, und daher bedarf es auch von Seiten des Tradenten keiner Erklärung. Es genügt, daß er die Besitznahme duldet, und daß der Erwerber öffentlich und in seiner Gegenwart den Willen die Sache zu haben ausspricht, und diesen Willen thatsächlich durch Ergreifung der Sache realisirt; und die Erwerbsformel wird daher dies und eben nur dies darzustellen haben. Nach diesem Princip ist denn auch die römische Mancipationsformel construirt, deren charakteristische Bedeutung im Gegensatze zu den Traditionsformeln anderer Völker eben darin besteht, daß nicht der Tradent die Sache dem Empfänger giebt, sondern daß dieser, ohne die Willenserklärung des andern abzuwarten, die Sache nimmt, manu capit, und der Tradent sich passiv bei der Handlung ver-

hält, das manu capere eben duldet [3]). — Weil dieses manu capere der eigentliche Entstehungsgrund des Rechts ist, erhält denn auch der ganze Act den Namen mancipatio [4]), und derselbe Gedanke spricht sich auch in den Namen mancipium, res mancipi etc. aus, welche alle den Begriff der Eroberung, Beute unzweideutig als den eigentlichen Rechtsgrund bezeichnen [5]). Bei der Vindication, wo dieselbe Formel noch vervollständigt durch das Auflegen der festuca gebraucht wird, erklärt Gaius [6]) dieses Auflegen der festuca auch ausdrücklich folgendermaaßen: festuca enim utebantur, quasi hastae loco, signo quodam justi dominii. Omnium enim maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent [7]).

---

3) Der Zusatz ex jure Quiritium ändert den Charakter der Formel nicht. Denn das jus Quiritium ist eben das Recht, das die thatsächliche Realisirung des Willens als Recht anerkennt, und den Willen des Einzelnen als solchen schützt.

4) Gaius I, §. 121: Eum, qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse est; unde etiam mancipatio dicitur, quia res manu capitur.

5) L. 4. §. 3 D. de statu hominum: Mancipia dicta, quod ab hostibus manu capiuntur. Auf demselben Gedanken beruht die in jure cessio, indem auch bei ihr der Erwerber die Sache nicht von dem Tradenten empfängt, sondern von ihm erstreitet.

6) IV. §. 16.

7) Von diesem Gesichtspunkte aus kommt das ältere römische Recht denn auch ganz natürlich zu der ihm eigenthümlichen Usucapion. Der Wille, eine Sache zu haben, kann sich eben so gut, wie durch das förmliche manu capere, auch durch die längere thatsächliche Realisirung aussprechen, und es muß daher eine Sache eben so gut wie manu auch usu capirt werden können. Eine solche Erwerbsart und überhaupt der Gedanke, daß jemand durch längeren Besitz einer ihm nicht gehörenden Sache das Eigenthum derselben erwerben könne, ist dem germanischen Rechte fremd, und das der germanischen Verjährung zum Grunde liegende Princip steht mit dem der römischen Usucapion in einem directen Gegensatze. Die Germanen gehen von dem weiter unten zu erläuternden Princip aus, daß,

Derselbe Gegensatz kehrt in höchst eigenthümlicher Weise bei den Vertragsformen wieder. Die sittliche Berechtigung des Creditors auf Leistung des ihm Versprochenen entspringt ganz von selbst aus dem Versprechen des Schuldners. Dieses Versprechen ist der sittliche Obligationsgrund, und das Wesentliche des Vertrags ist die Einigung der Contrahenten. Ob die Proposition vom Creditor ausgeht und vom Debitor acceptirt wird, oder umgekehrt, ist gleichgültig, wenn nur beide Theile über den Inhalt des Vertrags einig geworden sind; und wie das germanische Recht daher sehr frühe zu dem Satze kommt, daß es zur Klagbarkeit eines Vertrags keiner besondern Form, sondern nur des Beweises seiner Existenz bedürfe, so haben auch die älteren germanischen Vertragsformen offenbar nur den Zweck, die Thatsache der Einigung zu constatiren und deren künftigen Beweis zu sichern. — Das römische Recht dagegen geht, wie schon an einer andern Stelle erwähnt ist, von dem Princip aus, daß aus der sittlichen Verpflichtung des Schuldners zur Erfüllung seines Versprechens, — welche als eine sittliche Verpflichtung eben Gewissenssache des Schuldners bleiben muß, — eine Klage auf Erfüllung von Seiten des Creditors nicht entspringen kann. Es wendet vielmehr den Grundsatz, daß der Entstehungsgrund des Rechts in dem Willen des Berechtigten und in seiner physischen Kraft diesen Willen zu

---

wer sich Jahr und Tag um seine Sache nicht kümmert, sein Recht zur Strafe dafür verliert, und folgeweise der Besitzer dieselbe behalten mag. Das römische Recht kehrt, wie gesagt, die Sache um, und kommt zu der Annahme eines Rechtsverlustes durch Verjährung erst spät, oder eigentlich gar nicht, indem principiell durch die Klageverjährung nicht das Recht selbst, sondern nur die Befugniß seiner gerichtlichen Verfolgung verloren wird. — Wegen der sonstigen praktischen Folgen, welche der fragliche Gegensatz für die Lehre vom Eigenthumserwerbe hat, siehe §. 23.

realisiren liege, auch auf das Obligationenrecht an, und kommt daher ganz consequent zu dem Princip, daß der Grund der Obligation in einer animo obligandi vorgenommenen Handlung des Creditors liegt, welche der Debitor duldet, und deren Wirkungen er sich folglich auch nicht zu entziehen vermag. Wie auf diesem Gedanken das ganze römische Conventionensystem beruht, soll im speciellen Theile nachgewiesen werden; hier interessirt uns nur, wie derselbe sich in den Vertragsformen des alten Civilrechts ausspricht. Die Formel beim nexum kennen wir nicht; nach den Worten der Zwölftafeln: quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto, ferner nach der Analogie der Mancipationsformel und der Solutionsformel beim nexum, — wobei nicht der Gläubiger den Schuldner, sondern dieser sich selbst für liberirt erklärt, und eine Erklärung des Gläubigers nicht weiter begehrt wird, — unterliegt es aber wohl keinem Zweifel, daß beim nexum der Gläubiger den Schuldner, vielleicht unter Ergreifung desselben mit der Hand, wie bei der manus injectio, für verhaftet erklärte, durch diese seine vom Schuldner ohne Widerspruch zugelassene Erklärung ihn obligirte, und eine ausdrückliche Einwilligung des Debitors nicht für erforderlich gehalten, jedenfalls wenigstens der eigentliche Obligationsgrund in der Willenserklärung des Gläubigers gefunden wurde. Bei der Stipulation bedarf es allerdings einer Erklärung des Schuldners; das Wesen der Stipulation aber besteht eben darin, daß der Creditor den ganzen Inhalt der Obligation (Schuldsumme, Zahlungszeit, Bedingungen u. s. w.) festsetzt, und der Debitor nur seine reine Unterwerfung unter den Willen des Creditors ausspricht, so daß jede Abänderung bei der Erklärung des Schuldners, selbst wenn in dieser Abänderung ein

plus liegt, die Stipulation ungültig macht. Wie danach der ganze Act den Charakter der Scene annimmt, wie wenn der Sieger dem Besiegten die Friedensbedingung dictirt und eben nur die Erklärung seiner Unterwerfung begehrt [8]), so erhält er auch, wie bei der Mancipation nicht von dem Versprechen des Schuldners, sondern von der Handlung des Gläubigers, als seinem wesentlichsten Bestandtheile, den Namen Stipulation.

Daß die so eben erwähnten römischen Formeln dem alten Civilrecht angehören, und daß die aus dem jus gentium stammenden Rechtsformen diesen Charakter nicht tragen, schwächt ihre Beweiskraft nicht. In solchen Formeln spricht sich die ganze Anschauungsweise des Volkes besonders klar und anschaulich aus. Sie sind also jedenfalls für das Verständniß der principiellen Anlage des ganzen Rechts von der größten Bedeutung, und es wird daneben anderweitig nachgewiesen werden, daß der Geist, aus dem sie hervorgegangen sind, auch den Inhalt des späteren römischen Rechts bestimmt, und daß die aus dem jus gentium stammenden Begriffe nur so weit wahrhaft und vollständig assimilirt worden sind, als sie von jenem Geiste aus begriffen und anerkannt werden konnten [9]).

---

[8]) Bei der unläugbaren Verwandtschaft der Mancipations- und Stipulationsformel und dem Umstande, daß bei der vollständigen Mancipationsformel das Auflegen einer festuca vorkommt, berechtigt der Name des Wortes stipulatio — stipula, Halm, stips, Pfahl — zu der schon anderweitig aufgestellten Hypothese, daß bei der Stipulation ursprünglich ein Halm gebraucht wurde. Dieser aber würde dann wohl wie die festuca als hastae loco gebraucht zu betrachten sein, und die Stipulation danach symbolisch den Act darstellen, wie im Zustande der natürlichen Freiheit der Stärkere den Schwächeren zur Unterwerfung unter seinen Willen und zur Erfüllung seiner Forderung zwingt.

[9]) Als Beispiel diene hier nur die verschiedene Behandlung des Vertrags und der Tradition. Bei einem Vertrage, bei welchem der

II. Noch schärfer und bestimmter spricht sich derselbe Gegensatz in den verschiedenen Formen des gerichtlichen Verfahrens aus. Nach der römischen Ansicht wird außerhalb des Staates jeder Streit einfach durch das Recht der Stärke entschieden; die streitige Sache gehört dem Sieger, eben weil er seinen Gegner besiegt und die Sache erbeutet hat, — das Recht ist die Folge des Sieges: „Omnium maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent.“ Im Staate muß natürlich dieser Kampf aufhören, denn das ist grade der Zweck des Staates, der denjenigen, welcher eine Sache bereits, manu oder usu erworben hat, im Besitze derselben schützen soll, und an die Stelle des Kampfes tritt daher die richterliche Entscheidung. Diesen Gedankengang stellt die altrömische Vindicationsformel dar. Die streitenden Theile treten mit der die Stelle der hasta vertretenden festuca auf und erklären unter Ergreifung der streitigen Sache und Auflegung der festuca auf dieselbe sich einander den Krieg, — vim dicant, vindicta, — worauf der Prätor befiehlt, die Sache loszulassen; so daß also die ganze Formel anschaulich macht, wie beide Theile ihren

---

Schuldner den Inhalt der Obligation festsetzt und der Gläubiger das Versprechen acceptirt, bildet die Handlung des Debitors immer den Obligationsgrund. Sie kann also nicht nach Analogie einer Stipulation behandelt werden; und daher halten die Römer auch an dem Princip, daß aus einem solchen Vertrage keine Klage entspringe, bis auf die letzte Zeit fest. Die Tradition dagegen läßt sich in zwei selbstständige Handlungen zerlegen, in die Handlung des Tradenten, der sein Recht aufgiebt und dadurch vacuam possessionem macht, und in die Apprehension von Seiten des Erwerbers. Man kann daher diese letzte Handlung für sich betrachten und als formlose Mancipation auffassen, deren Wirkung die Erklärung des Tradenten als ein superfluum nicht im Wege steht, und folglich auch vom römischen Standpunkte aus anerkennen, daß durch die Tradition ein wirkliches und rechtlich gültiges dominium entstehe.

Willen zu erkennen geben, den Streit nach dem Rechte des Stärkeren zu entscheiden, die Autorität des Staates aber diesem Kampfe hindernd entgegentritt [10]). —

Völlig anders ist das Princip, von dem der altgermanische Proceß ausgeht. Wenn das Recht in letzter Instanz auf Gott, als den Quell und Träger der sittlichen Ordnung, aus der die Einzelrechte hervorgehen, zurückgeführt wird so involvirt jede Rechtsverletzung zugleich eine Verletzung der höheren von Gott gesetzten sittlichen Ordnung. Nun stellt sich die Realisirung dieser sittlichen Ordnung dem menschlichen Bewußtsein als eine innere sittliche Nothwendigkeit dar, und daraus entspringt nicht nur für jeden Menschen die sittliche Verpflichtung, nach seinen Kräften zu jener Realisirung beizutragen, sondern es postulirt der Glaube an die Gerechtigkeit Gottes auch die Annahme, daß Gott eine frevelhafte Verletzung seiner Ordnung nicht dulden werde. Die von Gott gesetzte Ordnung muß nothwendig auch als unter Gottes Schutz stehend gedacht werden, und dieser Gedanke gestaltet sich zu einer Zeit, wo die Vorstellungen eines Volkes noch das Gepräge kindlicher

---

10) Puchta, Institutionen Bd. II, S. 80. — Charakteristisch ist dabei auch noch, daß von der sittlichen Berechtigung, dem Grunde, worauf die beiderseitigen Ansprüche beruhen, bei dem ganzen Acte nicht die Rede ist, der Beklagte im Gegentheil auf die Aufforderung des Klägers: „postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris" abweisend antwortet: „jus peregi, sicut vindictam imposui", so daß auch von dieser Seite her der Streit nicht als ein Streit über die sittliche Berechtigung, sondern als eine Collision zweier souveräner Willen sich darstellt. — Ihering a. a. O. S. 115 ff. versucht, den ganzen römischen Proceß auf das Princip der Selbsthülfe zurückzuführen. Die Form der in jus vocatio und die manus injectio weisen allerdings auf ein solches Princip hin. Die Ausführung und Begründung ist jedoch im übrigen nach meiner Ansicht unrichtig, und manches Unrömische hinein gemischt, was einem ganz anderen Gedankensystem angehört.

Naivität tragen, ganz leicht und natürlich zu dem Glauben, daß Gott diesen Schutz durch ein unmittelbares Eingreifen in die Gegenwart nicht nur realisiren könne, sondern auch wirklich realisiren werde und müsse. Wie nun einer Seits die Verpflichtung jedes Menschen, nach seinen Kräften zur Realisirung der höheren sittlichen Ordnung beizutragen, für den waffenfähigen Mann die Pflicht begründet, für die Vertheidigung derselben nöthigen Falls das Schwert zu ziehen, so folgt anderer Seits aus jenem Glauben von selbst die weitere Annahme, daß, wenn dies geschieht, der Ausgang des Kampfes nicht von der größern Stärke und Geschicklichkeit des Einen oder Anderen, sondern, — weil Gott den Ausgang des Kampfes nach seinem Willen bestimmen könne, und vermöge seiner Gerechtigkeit der gerechten Sache den Sieg verleihen werde, — von der Gerechtigkeit der Sache abhängig sei. Im Gegensatze zu der römischen Ansicht, wonach das Recht die Folge des Sieges ist, ist nach der germanischen Ansicht der Sieg die Folge des Rechts, und der Ausgang eines ehrlichen Kampfes in einer zweifelhaften Sache daher als ein Gottesurtheil zu betrachten [11].

Demgemäß geht der altgermanische Proceß von folgenden Principien aus. — Jeder waffenfähige Mann ist sittlich berechtigt und verpflichtet, zum Schutze der höheren sittlichen Ordnung nöthigen Falls das Schwert zu ziehen [12]; dieser Schutz

[11]) L. Alamann. Tit. 84: Quando parati sunt ad pugnam, tunc ponant ipsam terram in medio, et tangant ipsam cum spatis suis, cum quibus pugnare debent, et testificentur Deum creatorem, ut, cujus sit justitia, ipsius et sit victoria, et pugnent.

[12]) Das Symbol des Gerichts ist bei den Germanen ein Schild, bei den Römern eine hasta; bei jenen die Vertheidigungs-, bei diesen die Angriffswaffe.

ist sein Beruf. Er ist nicht nur berechtigt, sich, sein Weib und seine Kinder und seine sonstigen Angehörigen gegen Gewalt und Unrecht zu vertheidigen, sondern er ist auch berechtigt und verpflichtet, alle diejenigen, welche auf seinen Beistand einen sittlichen Anspruch haben, — und das heißt nach dem Grundsatze, daß alle Menschen sich einander in utili et honesto beizustehen verpflichtet sind, natürlich jeden Schwachen und Schutzlosen, — zu schützen und zu vertheidigen. Es würde ihm als schimpfliche Feigheit und als Mangel an Gottvertrauen ausgelegt werden müssen, wenn er ein Unrecht dulden wollte, welches er durch einen ehrlichen Kampf abzuwenden vermag, und dieser Vorwurf müßte ihn um so empfindlicher treffen, je bestimmter grade sein besonderer Beruf zur Vertheidigung einer concreten Sache hervortritt, weil ihm seine Weigerung zugleich als ein Mißtrauen in die Gerechtigkeit dieser Sache ausgelegt werden mußte. Daraus folgt denn, daß vor Errichtung einer staatlichen Ordnung, welche jedem den ihm gebührenden Schutz gewährt, jeder unbescholtene waffenfähige Mann das Recht der Fehde hat, d. h. die Befugniß, nicht nur in seinen eigenen Sachen und denen seiner Angehörigen, die zu schützen er die nächste Pflicht hat, — woraus denn das System der Blutrache sich entwickelt, — sondern auch in jeder fremden Sache, welche er zu der seinigen zu machen sich berufen fühlt, den Gegner vor das Gottesgericht eines ehrlichen Kampfes zu fordern, und daß jeder verpflichtet ist, eine solche Forderung als das letzte Mittel, den Streit zu entscheiden, anzunehmen.

Das Fehderecht des unbescholtenen waffenfähigen Mannes dient folglich grade der Realisirung der höheren sittlichen Ordnung, und in der allgemeinen Anerkennung desselben liegt daher auch der Anfang einer allgemeinen Rechtsordnung. Daher steht

es mit der staatlichen Ordnung auch in keinem solchen Widerspruche, daß es mit der Errichtung dieser sofort aufgehoben werden mußte, wie dies bei der römischen Ansicht, nach welcher Kampf und staatliche Ordnung sich wie vis und jus einander entgegenstehen, freilich der Fall ist. Im Gegentheile kann der Zweikampf nicht blos in das gerichtliche Verfahren als Bestandtheil desselben mit übergehen, sondern dies muß auch, so lange sein Ausgang wirklich als ein Gottesurtheil angesehen wird, nothwendig geschehen, weil er in vielen Fällen als letztes Mittel zur Erforschung der Wahrheit unentbehrlich ist [13]), und die Aufgabe des Staates kann daher nur darin bestehen, den Kampf zu regeln. Diese Regelung besteht nun, abgesehen von einzelnen Modificationen, wie die geschichtliche Entwickelung sie mit sich bringt, im Ganzen und Großen in Folgendem. Zunächst kann das Fehderecht als solches nur noch gegen diejenigen, welche sich der staatlichen Ordnung entziehen, also gegen Friedbrecher u. s. w. bestehen bleiben; der Regel nach aber muß

---

[13]) Diese Unentbehrlichkeit beruht einfach auf dem Umstande, daß der Richter sonst in vielen Fällen ein non liquet aussprechen müßte. Betrachtet man den Ausgang eines ehrlichen Kampfes als ein Gottesurtheil, so kann man dem Kläger, der sonst wegen mangelnden Beweises abgewiesen werden müßte, eine Provocation auf ein solches Gottesurtheil nicht füglich versagen, und vom Standpunkte der Ehre betrachtet, müssen beide Theile selbst für sittlich verpflichtet gehalten werden, in einem solchen Falle die Sache durch ein Gottesurtheil zur Entscheidung zu bringen. So lange wegen mangelnden Beweises die Sache unentschieden bleibt, weiß niemand, wer von beiden Theilen im Recht gewesen, ob der Beklagte wirklich das ihm vorgeworfene Unrecht verübt, oder der Kläger ihn verleumdet habe. Der Verdacht, wider Ehre und Gewissen gehandelt zu haben, haftet folglich auf beiden; und wie unter diesen Umständen jeder von ihnen es als Pflicht der Ehre ansehen muß, sich von diesem Verdachte zu reinigen, so wird auch jede Gemeinde, die auf Ehre hält, darauf dringen müssen, daß die Sache nicht unentschieden bleibe.

es die Form des gerichtlichen Zweikampfes annehmen, und in dieser Form auf seine eigentliche Natur als Beweismittel zurückgeführt werden, so daß also bei unbestrittenen Rechtsverletzungen der Kampf wegfällt, z. B. an die Stelle der Blutrache das System der Compositionen tritt. Sodann wird natürlich auch das Verfahren beim Kampfe selbst — indem dieser ein ehrlicher Kampf mit gleichen Waffen sein muß, und endlich insbesondere auch die Kampffähigkeit der Einzelnen fester und bestimmter geregelt werden müssen, indem es in der Natur der Sache liegt, daß wie das Fehderecht, so auch das Recht, andere zum gerichtlichen Kampfe zu fordern, nur freien und unbescholtenen Männern zugestanden werden kann, denen aber, welche durch ehrlose Handlungen die Präsumtion verscherzt haben, daß sie ihr Schwert nur zur Vertheidigung des Rechts ziehen werden, so wie den Unfreien das Recht Waffen zu führen abgesprochen werden muß.

So geregelt bildet der Zweikampf mit den übrigen Gottesurtheilen, welche als Surrogate desselben für Kampfunfähige dienten, die keinen Vertreter zu finden vermochten, lange Zeit die Grundlage des gerichtlichen Verfahrens bei den Germanen, und ist bekanntlich sehr spät und allmählig durch eine reinere Erkenntniß des Wesens der göttlichen Weltregierung aus demselben verdrängt worden. Diese Thatsache aber und überhaupt die Geschichte des Fehderechts und des damit zusammenhängenden Instituts der Gottesurtheile ist nach zwei Seiten hin für das Verständniß des germanischen Rechtslebens von der größten Bedeutung. Einer Seits zeigt nämlich das Institut der Gottesurtheile, dessen Ursprung unzweifelhaft in die vorchristliche Zeit fällt, daß die Voraussetzungen, aus denen es hervorgegangen ist, daß nämlich die höhere Rechtsordnung,

aus der die Einzelrechte entspringen, von Gott stamme und unter Gottes unmittelbaren Schutz stehe, schon vor der Christianisirung der Germanen die Grundlage ihres Rechtssystems bilden. Anderer Seits liefert die Zähigkeit, mit der die Germanen sowohl am Fehderecht als auch an den Gottesurtheilen und insbesondere am Zweikampf hingen, — ja an letzterem noch jetzt hängen — den Beweis, wie tief diese Institute mit den ihnen zum Grunde liegenden Voraussetzungen in der germanischen Anschauungsweise wurzeln, und wie fest sie mit dem ganzen übrigen Rechtsleben verwachsen gewesen sein müssen [14]).

§. 10.
Begriff und Inhalt des Rechts.

Aus der Verschiedenheit der Ansichten über Grund und Entstehung des Rechts folgt auch hier wieder eine gleiche Verschiedenheit in Beziehung auf Begriff und Inhalt des Rechts.

Wenn man vom römischen Standpunkt ausgehend, jeden Rechtserwerb auf das Princip der Beute zurückführt, d. h. den Entstehungsgrund des Rechts in dem Willen und der physischen Kraft des Erwerbers findet, so wird begreiflicher Weise auch Inhalt und Umfang des Rechts lediglich durch diesen Willen und die factische Möglichkeit seiner Realisirung bestimmt. Mit

[14]) Die Gottesurtheile beruhen in letzter Instanz auf denselben Voraussetzungen, worauf noch heutigen Tages jede politische Partei die Hoffnung auf ihren endlichen Sieg gründet. So lange noch ein Rest germanischer Anschauungsweise und des Glaubens an einen Gott im Gemüth des Menschen lebt, kann er sich des Gedankens nicht entschlagen, daß schließlich die Wahrheit den Sieg behalten müsse. Der Unterschied liegt blos in der Frage, in welcher Weise dieser Sieg vermittelt wird, und ob und in welchem Umfange das, was von der Geschichte im Ganzen und Großen gilt, auch auf das Leben des Einzelnen Anwendung leidet.

der Sache, die der Mensch im Zustande der natürlichen Freiheit erbeutet, mit dem Feinde, den er besiegt, kann er machen, was er will. Seine Herrschaft über die seinem Willen unterworfenen Herrschaftsobjecte geht so weit, als die factische Möglichkeit reicht, über dieselben zu verfügen, und der sittliche oder unsittliche Gebrauch, den er von derselben macht, hängt lediglich von seinem Willen ab. Seine Herrschaft ist also ihrem Umfange und Inhalte nach unbegrenzt (absolut), und das Recht ist seinem Begriffe nach eine Sphäre souveränen Schaltens. Dabei macht denn die individuelle Beschaffenheit der einzelnen Rechtsobjecte natürlicher Weise keinen Unterschied; Weib und Kind stehen grade so gut unter der absoluten Herrschaft des stärkeren Mannes, als der Sklave und die Sache, die er erbeutet hat, und die Natur seiner Herrschaft ist rechtlich bei allen dieselbe. Daß sittlich der Mann zu seinem Weibe und zu seinen Kindern anders steht, als zu seinen Sklaven und zu den leblosen Sachen, versteht sich freilich von selbst, und der Mensch wird sich daher auch durch sein sittliches Bewußtsein getrieben fühlen, in der Behandlung der verschiedenen Objecte seiner Herrschaft einen Unterschied zu machen. Dies ist aber für das Recht gleichgültig, und wie der Mensch seine Herrschaft nur sich selbst und seinem Willen verdankt, so ist er auch lediglich sich selbst und keinem Andern von dem Gebrauche Rechenschaft zu geben schuldig, den er von seiner Herrschaft macht. Diese souveräne Herrschaft des Menschen über die seiner Gewalt unterworfenen Objecte erleidet bei der Gründung des Staates nur die Beschränkung, daß das einzelne Rechtssubject bei der Ausübung seiner Herrschaft nicht in die Rechtssphäre anderer gleichberechtigter Rechtssubjecte eingreifen darf; im Uebrigen aber erleidet

sie eine Veränderung ihres Charakters nicht. Innerhalb seiner Rechtssphäre bleibt der Einzelne nach wie vor souverän, und ist für den sittlichen oder unsittlichen Gebrauch seiner Herrschaft lediglich sich selbst verantwortlich. Diese Souveränetät zu schützen ist grade der Zweck des Staates, und das Recht bleibt daher seinem Begriffe nach eine nach Umfang und Inhalt unbeschränkte Sphäre souveränen Schaltens.

Daß das Recht nach römischem Begriffe eine Sphäre souveränen Schaltens und der Gebrauch des Rechts ganz dem subjectiven Belieben des Berechtigten überlassen sei, ist bereits von Stahl [1]) als eine charakteristische Eigenthümlichkeit des römischen Rechts hervorgehoben, und es wird im speciellen Theile im Einzelnen nachzuweisen sein, wie demzufolge namentlich jedes Herrschaftsverhältniß als ein absolutes construirt wird, bei dem der Unterworfene der Willkür des Berechtigten ganz und schlechthin unterworfen ist. Hier möge nur im Allgemeinen auf die Stellung des paterfamilias zu den seiner Herrschaft unterworfenen Personen und Sachen hingewiesen werden. Wie es im Zustande der natürlichen Freiheit nur ein Herrschaftsverhältniß giebt, und wie die der Herrschaft eines Mannes unterworfenen Personen und Sachen in gleicher Weise seinem Willen absolut unterthan sind, so ist auch nach römischem Rechte alles, was in der familia eines Mannes befindlich ist, seiner Herrschaft absolut unterworfen. Die einzelnen Gewaltverhältnisse werden freilich durch verschiedene Namen bezeichnet, weil sie sittlich verschieden sind. Rechtlich aber existirt zwischen der patria potestas über die Kinder, der manus über

[1]) Philosophie des Rechts, Bd. 2. Abth. 1. S. 394 ff.

die Ehefrau, der dominica potestas über die Sklaven und dem dominium über die Sachen kein Unterschied; vielmehr sind alle diese Gewaltverhältnisse ihrem Wesen nach mit einander und mit der außerhalb des Staates geltenden Herrschaft des Stärkeren über den Besiegten vollkommen identisch, und auch die verschiedenen Namen, potestas, manus, dominium nur verschiedene Ausdrücke für die die Grundlage alles Rechts bildende physische Herrschaft. Die sittliche und rechtliche Stellung des paterfamilias zu seiner familia sind eben zwei ganz verschiedene Dinge, und darin besteht grade die Freiheit des römischen Bürgers, daß er in seinem Hause als unumschränkter Gebieter und lediglich nach seinem Gewissen schaltet, und daß die übrigen patresfamilias ihm hierüber keine Gesetze vorzuschreiben haben. Daß die Römer dieses Princip consequent durchzuführen nicht vermocht, sich vielmehr gezwungen gesehen haben, gegen den Mißbrauch der so construirten Einzelrechte hinterher auf indirectem Wege einzuschreiten, ist bereits erwähnt. Der Charakter eines Rechts aber wird natürlich zunächst und vorzugsweise durch die ursprüngliche begriffliche Construction der Einzelrechte und nicht durch die aus Gründen des praktischen Bedürfnisses hervorgebrachten späteren Modificationen bestimmt, und darin eben liegt der specifische Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, daß die Römer die Einzelrechte ohne Rücksicht auf die Forderungen der Sittlichkeit nach dem Princip der natürlichen Freiheit construiren, und nur hinterher jenen Forderungen der Sittlichkeit Rechnung tragen, die Germanen dagegen grade bei der Construction der Einzelrechte von den Forderungen der Sittlichkeit ausgehen, so daß unsittliche Handlungen, welche bei den Römern erst in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen zu verbotenen Handlungen werden,

bei den Germanen von vorn herein außerhalb des Kreises der Befugnisse des Berechtigen bleiben. —

Wenn man nämlich vom germanischen Standpunkte ausgehend, die Rechte der Einzelnen auf die höhere sittliche Ordnung des menschlichen Lebens und auf die aus dieser Ordnung entspringenden sittlichen Berechtigungen als ihren Entstehungsgrund zurückführt, so versteht sich wiederum von selbst, daß Inhalt und Umfang des Rechts durch diese sittliche Berechtigung bestimmt wird, und daß daher der höhere sittliche Zweck des einzelnen Rechtsverhältnisses, der von dem Berechtigten erfüllt werden soll, über Inhalt und Umfang des Rechts entscheidet. Der Zweck der Einzelrechte ist grade, daß der Einzelne in und an dem concreten Rechtsverhältnisse die Forderungen des Sittengesetzes realisire; das Recht ist demzufolge nach germanischem Begriffe eine Sphäre sittlichen Schaltens, und das Wesen des Rechts läßt sich nicht besser und erschöpfender definiren, als wenn man es als ein Lehen bezeichnet, das der Mensch von Gott empfangen hat, für dessen Gebrauch er Gott verantwortlich und womit und wofür er Gott zu dienen schuldig ist. —

Analysiren wir diesen Begriff etwas näher, so ist danach

1) der Umfang jedes Rechts durch den höheren sittlichen Zweck desselben beschränkt. So ist z. B. der Umfang der obrigkeitlichen Gewalt von vorn herein durch ihren höheren sittlichen Zweck beschränkt. Während nach römischem Begriffe die dem Inhaber der Staatsgewalt eingeräumte Macht eine völlig unbeschränkte ist, daher aus der Befugniß des Kaisers, Constitutionen zu erlassen, ohne Weiteres gefolgert wird, daß alles, quod ei placuit, legis habet vigorem,

also auch Personalconstitutionen Gesetzeskraft haben und der Richter dem ihm für einen einzelnen Fall zugehenden Specialbefehl gemäß zu entscheiden hat, wird nach germanischem Princip das Recht des Kaisers und überhaupt jeder Obrigkeit von vorn herein als ein durch den Zweck der obrigkeitlichen Gewalt: „das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken, und dem Reiche vorzustehen nach seinem Rechte", beschränktes construirt [2]. Wie der Inhaber der Staatsgewalt daher z. B. nicht befugt ist, willkürlich Steuern auszuschreiben, Personalconstitutionen zu erlassen, oder in die Entscheidung eines einzelnen Rechtsfalles einzugreifen, so hört auch, — und darin zeigt sich der Gegensatz gegen das römische Princip, — die Verbindlichkeit der Unterthanen zum Gehorsam bei solchen Ueberschreitungen seiner Befugnisse auf. Daher ist z. B. der Richter berechtigt und verpflichtet, Specialbefehlen in Betreff eines einzelnen Rechtsfalles den Gehorsam zu versagen; der Staatsdiener darf sich der Ausführung eines gegen sein Gewissen gehenden Befehls durch Forderung seines Abschiedes entziehen, und im älteren Rechte wird das Recht des offenen Widerstandes bei rechtswidrigen Handlungen der Obrigkeit unbedenklich anerkannt [3]. Aus dieser Beschränktheit der obrigkeitlichen Gewalt entspringt auch die Verpflichtung des Regenten zur Anerkennung eines Richterspruchs über seine Handlungen; ferner die bekannten beschränkenden Clauseln bei Huldigungen, das Institut der Wahlcapitulationen, und endlich überhaupt die ganze Beschränkung der monarchischen Gewalt durch die Verfassung, indem diese eben nur die natürlichen Beschränkungen der obrig-

---

[2]) Schon Tacitus Germania cap. 7 sagt von der königlichen Gewalt: nec regibus infinita aut libera potestas.

[3]) Sachsenspiegel III, 78, §. 2, 5.

keitlichen Gewalt realisiren soll. — So wird ferner die väterliche Gewalt, welche von den Römern als absolute, das jus vendendi ac necandi einschließende Herrschaft aufgefaßt wird, von den Germanen, wie bereits erwähnt, der sittlichen Stellung des Vaters zu seinen Kindern entsprechend von vorn herein als ein vormundschaftliches Verhältniß construirt, das mit der Selbstständigkeit der Kinder seine natürliche Endschaft erhält, und derselbe Gegensatz wiederholt sich bei der Herrschaft des Mannes über die Frau, bei der Sklaverei, welche von den Germanen schon zur Taciteischen Zeit als ein zwar strenges, aber doch immer beschränktes, die Persönlichkeit des Hörigen wahrendes Recht construirt wird [4]), beim Eigenthume und bei allen Rechten.

Dadurch, daß das germanische Recht gleich bei der begrifflichen Construction der Einzelnrechte von ihrem sittlichen Zwecke ausgeht, erhält es natürlich einen viel reichern Inhalt und eine weit größere Mannigfaltigkeit von Rechtsbegriffen. Während das römische Recht, wie gesagt, nur einen Herrschaftsbegriff kennt, und danach alle Rechte construirt, unterscheidet das germanische Recht, weil die sittliche Stellung des Menschen zu den seiner Herrschaft unterworfenen Personen und Sachen eine völlig verschiedene, und weil vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet eine Herrschaft über freie Menschen nur im Interesse und zum Schutze dieser möglich ist, von vorn herein zwei Hauptarten von Herrschaftsverhältnissen: das Recht der Gewere an Sachen, und das Recht der Vormundschaft (mundium, tutela) über Personen, und individualisirt dann jedes Recht weiter nach der concreten Natur des speciellen Verhältnisses. Wie demnach der Inhalt der im mundium liegenden

---

[4]) Tacitus Germania cap. 25.

Rechte durch die Natur des concreten Schutzverhältnisses bestimmt wird, die Herrschaft des Vaters über die Kinder daher eine andere ist, als die des Mannes über die Frau, so ist auch das Recht des Eigenthümers an Immobilien anders als an fahrender Habe, an Erbgut anders als an selbstgewonnenem Gut, an Rittergütern anders als an städtischen Grundstücken und Bauergütern 2c.; — und wenn wir die Summe ziehen und schließlich die Stellung des paterfamilias zu den seiner Herrschaft unterworfenen Personen und Sachen nach römischem und germanischem Princip noch einmal mit einander vergleichen, so würden wir den Gegensatz so auszudrücken haben: der römische paterfamilias herrscht als Despot und nach dem Princip der natürlichen Freiheit über seine familia; für das Verhältniß des germanischen paterfamilias zu den seiner Herrschaft unterworfenen Personen und Sachen dagegen normirt überall die aus der Natur des besondern Verhältnisses entspringende sittliche Regel. Er herrscht über sein Haus und über sein Vermögen, wie der König in einer beschränkten Monarchie. Sein Recht und sein Beruf ist, wie der jeder Obrigkeit, in seinem Hause „das Recht zu stärken, das Unrecht zu kränken und dem Hause vorzustehen nach seinem Rechte." —

2) Ebenso ist aber auch der Inhalt des Rechts durch den höhern sittlichen Zweck desselben bestimmt. Das Recht ist eine Sphäre sittlichen Schaltens, und der Berechtigte daher nur zu einer sittlichen Ausübung des ihm zustehenden Rechts befugt. Demzufolge ist z. B. der Inhaber der Staatsgewalt bei Ausübung der ihm zustehenden Rechte überall an die verfassungsmäßigen Formen gebunden. Ebenso steht der Vater in Betreff der Erziehung seiner Kinder und der Verwaltung ihres Vermögens unter der Oberaufsicht des Staates, der beim

Mißbrauch der väterlichen Gewalt einschreitet. So ist ferner das an sich im Begriffe des Eigenthums liegende Veräußerungsrecht an Voraussetzungen gebunden, unter denen die Veräußerung als eine sittlich gerechtfertigte erscheint; so ist endlich der zur Ausübung eines Gewerbes berechtigte Zunftgenosse nicht zu jedem ihm vortheilhaft erscheinenden, sondern nur zu einem zunftmäßigen Betriebe befugt u. s. w.

3) Endlich folgt aus dem obigen Begriffe auch, daß der Berechtigte den höhern sittlichen Zweck des Rechts zu erfüllen verpflichtet ist. Nach dem römischen Princip ist jedes Recht ein reines Recht, das der Besitzer ganz nach seinem Belieben ausüben und auch unausgeübt lassen kann. Vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet fällt dagegen der Begriff des Rechts mit dem der Pflicht in gewissem Sinne zusammen. Wozu der Mensch sittlich verpflichtet ist, dazu ist er auch sittlich berechtigt, und ebenso umgekehrt. Die Einzelrechte sind dem Menschen grade dazu gegeben, daß er die sittlichen Zwecke derselben erfülle; mit dem Rechte und für das Recht, das der Mensch von Gott zu Lehen empfangen hat, soll er auch eben Gott dienen, und jedes Recht ist daher vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet ein Beruf, ein Amt, das der Berechtigte zu erfüllen verpflichtet ist. — So ruht z. B. auf dem Rechte des Fürsten, zu regieren, auch die Pflicht, dies zu thun, und die Vernachlässigung derselben wird gerechter Grund zu ständischen Beschwerden. So ruht auf dem Erziehungsrechte des Vaters auch die Erziehungspflicht, zu deren Erfüllung der Staat ihn durch Schulzwang ꝛc. anhält. So ruht auf dem Rechte der Zünfte, die zu ihrer Competenz stehenden Gegenstände anzufertigen und feil zu bieten, auch die Pflicht, solche jederzeit tüchtig und tadelfrei gegen die einmal festgesetzten

oder nach billigem Ermessen zu bestimmenden Preise zu liefern; und auf jedem Bannrechte die Pflicht, die gerechten Forderungen der Bannpflichtigen zu erfüllen. So ruhen endlich auf den verschiedenen gutsherrlichen Rechten überall die entsprechenden Pflichten, zu deren Erfüllung der Gutsherr gezwungen werden kann; und dasselbe gilt, wie im speciellen Theile nachzuweisen sein wird, auch vom Eigenthum überhaupt.

Daß übrigens die beiden zuletzt gedachten Momente des Rechtsbegriffs in der Gestaltung der Einzelrechte direct weniger scharf hervortreten, folgt aus dem oben bereits angegebenen Grundprincip des germanischen Rechts von selbst. Würde dem Berechtigten der Gebrauch, den er von seinem Rechte zu machen, und der Inhalt der auf diesem Rechte ruhenden Pflichten, welche er zu erfüllen hat, durch das Gesetz genau vorgeschrieben, so würde damit zugleich die sittliche Freiheit des Berechtigten aufgehoben werden, und das Recht aufhören, ein Recht zu sein. Dies ist, wie wir oben gesehen haben, das Princip der griechischen Rechtslehre, und die natürliche Folge davon ist, daß die Griechen den Begriff des Einzelrechtes bei dem Bau ihrer Staats- und Rechtslehre überall nicht zu gebrauchen und anzubringen vermögen. Das germanische Recht weicht aber grade darin von dem griechischen ab, daß es dem Einzelnen eine Sphäre für die freie Bethätigung seines sittlichen Bewußtseins lassen will, und wenn es auch den Umfang dieser Sphäre, — im Gegensatze zu dem römischen Rechte — nach sittlichen Grundsätzen bestimmen kann, so muß es doch eben innerhalb dieser Sphäre für das individuelle Ermessen der Einzelnen Raum lassen. Während daher der Satz, daß der Umfang der Einzelrechte im germanischen Rechte ihrem höhern sittlichen Zwecke gemäß beschränkt sei, sich allenthalben direct wird nachweisen

lassen müssen, wird der Satz, daß der Inhaber des Rechts auch in dem Gebrauche desselben ähnlich beschränkt und zur Erfüllung der auf dem Rechte ruhenden Pflichten verbunden sei, direct natürlich nur in einzelnen Anwendungen zu Tage kommen, und seine Existenz als allgemeine Regel nur indirect, — auf diesem Wege aber, wie schon die folgenden Erörterungen über Rechtsfähigkeit und Rechtsverlust zeigen werden, mit völliger Sicherheit — nachgewiesen werden können.

Zu seiner vollsten Bedeutung ist der germanische Begriff des Rechts im Lehenstaate gelangt. Wie bereits erwähnt, spricht sich die Anschauungsweise eines Volkes in bestimmten, stereotypen Rechtsformen in der Regel mit besonderer Klarheit und Anschaulichkeit aus, und je mehr dies durch eine bestimmte Form geschieht, um so inniger und fester hängt das Volk an ihr, wendet sie auch auf andere Rechtsacte und Verhältnisse an, welche sich unter den ihr zum Grunde liegenden Gesichtspunkt bringen lassen, und hält an ihr fest, wenn es auch das Bewußtsein ihrer Bedeutung längst verloren hat. Eine solche Form ist bei den Römern die Mancipations-, bei den Germanen die Lehensform, welche letztere daher nicht nur auf verschiedene Arten der Leihe (feudastra) übertragen wird[5]), sondern auch die Grundlage des ganzen mittelalterlichen Staatslebens wurde. Ursprünglich lag dem Lehenwesen kein allgemeinerer Gedanke znm Grunde. Sobald der Lehensherr aber zugleich Staatsoberhaupt wurde, und daneben der Grundsatz der Erblichkeit der Lehen allgemeine Anerkennung fand, erhielt auch das

[5]) Ein interessantes Beispiel ist die in einzelnen Städten vorkommende Anwendung der Lehnsform auf gewerbliche Rechte, welche vom Rathe als Lehen gegeben werden.

Lehen selbst eine andere Bedeutung. Der praktische Unterschied zwischen dem erblich gewordenen Lehen und dem freien Eigenthume bestand jetzt eigentlich nur in dem von dem erstern zu leistenden Lehendienste und in dem Verhältnisse besonderer Treue, in welchem der Vasall zum Lehensherrn stand. War nun ein Dienstverhältniß, wie es früher durch die Gefolgschaft und später durch den Lehensnexus begründet wurde, niemals als eine drückende Last betrachtet worden, so machte sich da, wo der Lehensherr zugleich Staatsoberhaupt war, und als solcher für die Aufrechthaltung der staatlichen Ordnung zu sorgen verpflichtet war, ganz natürlich der Gedanke geltend, daß der Vasall die Dienste, die er dem Lehensherrn leistete, in Wirklichkeit dem Staate und der durch ihn zu realisirenden höhern Rechtsordnung leiste. So erschien das, was von jeher als der Beruf des freien waffenfähigen Mannes angesehen war, der Schutz der höhern Rechtsordnung, als mit dem Lehenwesen in besonderer Weise verknüpft, und wenn man den Gedanken hinzunahm, daß das Recht von Gott stamme, und daß der Kaiser sein Recht und seine Krone von Gott zu Lehen empfangen habe, so war in dem Lehenstaate in äußerlich erkennbarer Weise dargestellt, wie einer Seits jeder Vasall sein Gut mittelbar von Gott zu Lehen empfangen hatte, und wie er anderer Seits dafür Gott diente. Anerkannte nun schon das älteste Recht, daß das echte Eigenthum an Grundstücken nur den zum Schutze der höhern Rechtsordnung berufenen Gemeindegenossen zustehe, so erhielt die hierin bereits angedeutete Correspectivität zwischen dem Grundbesitze und der Pflicht zur Realisirung der höhern Rechtsordnung [6]) im Lehenstaate einen neuen, klarern und be-

[6]) Diese Correspectivität wird in dem speciellen Theile in dem Abschnitte über das Grundeigenthum noch genauer darzulegen sein.

stimmtern Ausdruck. Das Lehen stellte sich dadurch als eine edlere und vollkommnere Form des Eigenthums dar; die Pflichten des Vasallen, wie sie jetzt aufzufassen waren, hatten eigentlich schon immer darauf geruht, und jeder Eigenthümer mußte die sittliche Verpflichtung fühlen, durch Oblation seines Allods in eine Ordnung einzutreten, der die Functionen der frühern Staatsform zugefallen waren, und in die er eintreten mußte, wenn er den Beruf eines freien Mannes erfüllen wollte. Daß in vielen einzelnen Fällen äußere Noth und Bedrängniß die Allodialbesitzer trieb, ihre Güter einem Mächtigern zu Lehen aufzutragen, mag immerhin zugestanden werden. Im Ganzen und Großen aber war das entscheidende Motiv der Gedanke, daß es schimpflich und eines Mannes unwürdig sei, sein Leben in träger Ruhe hinzubringen, und daß der Mensch das, was er empfangen, auch „verdienen", und mit dem, was er habe, einem höhern Zwecke dienen müsse. Wie sehr dieser Gedanke das Bewußtsein des Mittelalters beherrschte, zeigt das eigenthümliche Institut der Sonnenlehen, deren Besitzer, zu stolz um einem Sterblichen zu dienen, nichts desto weniger die Verpflichtung anerkannten, einen Lehensherrn zu haben, und daher ihr Gut Gott und der Sonne zu Lehen auftrugen.

§. 11.
Einfluß des Rechtsbegriffs auf den Begriff der Rechtsfähigkeit.

Nach der römischen Ansicht über Entstehung und Wesen der Einzelrechte fällt der Begriff der Rechtsfähigkeit nothwendig mit dem der Persönlichkeit zusammen. Zur Rechtsfähigkeit ist eben nichts Anderes erforderlich, als die mit dem Begriffe der Persönlichkeit von selbst gegebene Fähigkeit des Willens. Ob

jemand die Fähigkeit besitzt, die Rechte, welche er hat, zu gebrauchen, oder dafür etwas zu leisten, ist gleichgültig; das Erstere ist lediglich seine Sache und das Letztere wird nicht von ihm gefordert. Daher wird die Rechtsfähigkeit zunächst durch körperliche Mängel nicht gemindert. Wenn jemand nur menschliche Gestalt hat, so daß ihm die Qualität eines Menschen nicht abgesprochen werden kann, so hat er auch die volle Rechtsfähigkeit. Ebenso tritt eine Minderung der Rechtsfähigkeit als Folge geistiger Mängel nur in soweit ein, als die Natur der Sache dies mit sich bringt, als z. B. willensunfähige Personen durch Willensacte nichts erwerben können [1]), und ebenso übt endlich die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit des Menschen auf seine Rechtsfähigkeit keinen Einfluß. Nur freilich ist hier die praktische Durchführung des Princips auf dem Gebiete des Staatsrechts schlechterdings nicht möglich, und daher hat die Infamie, wenn sie auch die Rechtsfähigkeit in privatrechtlichen Beziehungen nicht schmälert, doch den Verlust der politischen Rechte zur Folge.

Aus der germanischen Auffassung des Rechts als einer Sphäre sittlichen Schaltens, wodurch ein höherer sittlicher Zweck erreicht, als eines von Gott verliehenen Amtes, das nach Gottes Willen verwaltet werden soll, folgt dagegen ganz von selbst, daß nur derjenige als rechtsfähig betrachtet werden kann, der physisch und moralisch im Stande ist, das Recht seinem höhern sittlichen Zwecke gemäß zu gebrauchen, und diesen Zweck zu erfüllen. Die Rechtsfähigkeit nach germanischem Begriffe setzt daher voraus: einer Seits die körperliche und geistige

---

[1]) Das Recht kommt diesen jedoch auch noch zu Hülfe, indem z. B. den zur Erbschaftsantretung unfähigen Wahnsinnigen eine missio in bona gegeben wird.

Fähigkeit, das Recht seinem sittlichen Zwecke gemäß zu gebrauchen, und die darauf ruhenden Pflichten zu erfüllen, und anderer Seits den Besitz derjenigen sittlichen Eigenschaften, welche dafür bürgen, daß der Berechtigte den sittlichen Zweck des Rechts auch wirklich erfüllen werde; und die allgemeinen Bedingungen der Rechtsfähigkeit sind also: persönliche Tüchtigkeit, d. h. die Fähigkeit, dasjenige zu leisten, was von jedem nach seinem Stande und Verhältnissen gefordert werden darf, und unter den für den rechten Gebrauch der Einzelrechte bürgenden sittlichen Eigenschaften insbesondere unbescholtene Ehre.

Hiernach erklärt es sich ganz von selbst, wenn im älteren germanischen Rechte die Waffenfähigkeit Bedingung der Rechtsfähigkeit ist. Wie bereits erwähnt, ist es die Pflicht des waffenfähigen Mannes, die höhere Rechtsordnung nöthigen Falls mit dem Schwerte zu vertheidigen, und es ist ganz natürlich, wenn in der ältern Zeit, bevor eine Gliederung des Volkes in verschiedene Stände erfolgte, die Vertheidigung der höhern Rechtsordnung als der hauptsächlichste und wahre Beruf jedes freien Mannes angesehen wurde [2]). Hat nun, wie gesagt, nur derjenige, der seinen Beruf zu erfüllen im Stande ist, Anspruch auf die mit diesem Berufe verbundenen und seiner Erfüllung dienenden Rechte, so versteht sich ganz von selbst, daß nur derjenige Mann für vollkommen rechtsfähig zu achten ist, der fähig ist, zum Schutze des Rechts das Schwert zu

---

[2]) In welchem Maaße dies der Fall war, zeigt sich noch im Sachsenspiegel, in welchem III, 78. §. 2 und 5 der Grundsatz ausgesprochen wird, daß, wo es die Vertheidigung des Rechts gilt, die Pflicht der Treue gegen Verwandte, Vasallen, Herren rc. hinter jener Pflicht zurücksteht. Auf dieser Idee beruht auch das ganze Ritterwesen, aus ihr entspringt die Verpflichtung, dem Gerüfte zu folgen rc.

ziehen, d. h. der einer Seits die zur Führung der Waffen erforderliche physische Fähigkeit und anderer Seits zugleich diejenigen sittlichen Eigenschaften besitzt, welche dafür bürgen, daß er das Schwert auch wirklich nur zum Schutze des Rechts ziehen werde. Daher mangelt nicht nur den Zwergen und Krüppeln und anderen zur Führung der Waffen physisch Unfähigen, sondern auch denjenigen, bei welchen die erforderlichen sittlichen Eigenschaften entweder von vorn herein nicht vorausgesetzt werden können, wie unehelich Gebornen[3]) und Fremden, oder welche diese Voraussetzung durch Verbrechen und ehrlose Handlungen verscherzt haben, die volle Rechtsfähigkeit. Wie demnach das Recht, die Waffen zum Schutze der höhern Rechtsordnung zu führen, nebst den davon dependirenden Rechten von vorn herein als ein Vorrecht des freien unbescholtenen Mannes aufgefaßt werden muß, so können auch natürlich nur solche Männer Mitglieder einer Gemeinde werden. Der Zweck der Gemeinde ist grade die Realisirung der höhern Rechtsordnung; die Gemeindegenossen verpflichten sich, gegenseitig Recht zu geben und zu nehmen, und dem Einzelnen auch nach außen hin zu seinem Rechte zu verhelfen, und sie können daher be-

---

[3]) Der auf der unehelichen Geburt haftende Makel und die daraus entspringende Genossenschaftsunfähigkeit ist für das germanische Recht im höchsten Grade charakteristisch. Unehelich Geborne können ohne Zweifel die zur Rechtsfähigkeit erforderliche persönliche Tüchtigkeit und ehrenhafte Gesinnung haben; auch sind sie an der durch ihre Erzeugung begangenen Unsittlichkeit unschuldig. In der Regel aber wird der Mensch das, was er ist, durch die Erziehung, welche er empfangen hat, und eine Erziehung, wie sie ehelichen Kindern sittlicher Eltern zu Theil wird, empfangen uneheliche Kinder in der Regel nicht. Diejenige Gesinnung, welche bei einem unbescholtenen, von sittlichen Eltern erzogenen Manne vorausgesetzt werden darf, kann bei ihnen also nicht vorausgesetzt werden, und grade diese Voraussetzung ist Bedingung der Rechtsfähigkeit nach germanischem Princip.

greiflicher Weise nur solche Männer in ihre Gemeinschaft aufnehmen, bei denen die Voraussetzung zutrifft, daß sie die Mitgliedschaft und die damit verbundenen Rechte auch wirklich dem sittlichen Zwecke der Gemeinde gemäß gebrauchen werden. Aus diesem Grunde giebt denn auch die Aufnahme in eine Gemeinde den Aufgenommenen nicht nur innerhalb der Gemeinde alle Rechte eines Gemeindegenossen, sondern zugleich auch nach außen hin ein vollgültiges Zeugniß seiner Waffenfähigkeit. Die Gemeinde, welche jemand als Genossen aufnimmt, anerkennt damit in ihm die Qualität eines freien unbescholtenen Mannes; sie bürgt gewissermaßen für seine Persönlichkeit, — woraus sich denn weiter ganz natürlich die Idee der Gesammtbürgschaft entwickelt, — und die Thatsache, daß Jemand Mitglied einer Gemeinde ist, giebt ihm folglich, soweit diese Gemeinde selbst anerkannt und respectirt ist, in ähnlicher Weise ein Zeugniß seiner Waffen- und Rechtsfähigkeit, wie noch heutiges Tags die Thatsache, daß jemand Mitglied eines Officiercorps ist, seine Satisfactionsfähigkeit außer Zweifel stellt [4]).

Das diesen Grundsätzen des ältern Rechts zum Grunde liegende Princip mußte natürlich in seiner Anwendung manche Modificationen und zugleich eine reichere Entwickelung erhalten, als das Volk sich in verschiedene Berufsstände gliederte, und die Anforderungen, welche jetzt an den Einzelnen gestellt werden durften, nach den verschiedenen Lebensberufen verschieden wurden. Es erhielt jetzt nothwendig die Fassung, daß jeder die dem speciellen Lebensberufe, dem er sich widmen sollte und wollte,

[4]) Wie sich das Duell historisch aus dem Rechte des gerichtlichen Zweikampfs entwickelt hat, so trifft der Begriff der Rechtsfähigkeit nach ältestem Rechte mit dem der heutigen Satisfactionsfähigkeit im Wesentlichen zusammen.

entsprechende Qualification besitzen müsse, um zur Ausübung desselben zugelassen zu werden. Dieser Grundsatz, der in den Hofrechten nicht minder als im Land- und Lehenrechte galt, fand durch das Genossenschaftswesen des Mittelalters seine vollste Entwickelung. Alle Genossenschaften gingen von dem Princip aus, daß nur derjenige in ihre Gemeinschaft aufgenommen werden könne, der dasjenige zu leisten im Stande sei, was von den Genossen gefordert werden durfte, und von ihnen geleistet werden sollte. Sie stellten daher da, wo hierzu eine kunstmäßige Erlernung des Berufs erforderlich war, überall diese kunstmäßige Erlernung und den Nachweis der erforderlichen Kenntnisse als Bedingung der Aufnahmsfähigkeit auf; und ebenso hielten sie alle an dem Requisit der die wirkliche Erfüllung des höhern Genossenschaftszweckes verbürgenden sittlichen Eigenschaften, zu denen jetzt nothwendig auch die Rechtgläubigkeit gerechnet werden mußte, insbesondere der freien ehelichen Geburt und der völligen Unbescholtenheit mit der größten Strenge fest. — In diesen Anforderungen war der Bürgerstand nicht minder strenge, als der Adel; und wie die Parömien: „die Aemter und Zünfte in den Städten müssen so rein sein, als wenn sie von den Tauben gelesen wären" und „was unehrlich, können die Aemter nicht leiden" das Wesen und Streben der Zünfte bezeichnen, so zeigt auch ein Blick in die ganze innere Organisation derselben und in die strengen Bestimmungen, wodurch sie gleichmäßig ein sittliches und ehrbares Leben der Zunftgenossen und den redlichen, tüchtigen Betrieb des Gewerbes zu sichern und die Zunft vor allem Schmutz und Unsittlichen zu bewahren strebten, zur Genüge, daß der Bürgerstand nicht minder lebendig als der Adel das Princip der germanischen Ehre erfaßt, und auf dasselbe sein ganzes Leben gegründet hatte,

daß er bei der Organisation der Arbeit in den Zünften nicht etwa blos die bürgerliche Nahrung schützen und sichern wollte, sondern daß er etwas Höheres als den Gelderwerb im Auge hatte, und das „Handwerksamt" wirklich als ein Amt auffaßte, für dessen Verwaltung die Zunft mit ihrer Ehre einstand und zu dem daher niemand, der dazu nicht in jeder Beziehung tüchtig, zugelassen werden konnte [5]).

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich auch zugleich, daß zwischen der Rechtsfähigkeit nach römischem und germanischem Begriffe noch ein anderer principieller Unterschied besteht. Die Rechtsfähigkeit nach römischem Begriffe ist eine absolute, d. h., derjenige, der überhaupt rechtsfähig ist, ist damit auch, insofern nicht eine Minderung seiner Rechtsfähigkeit aus besonderen Gründen eintritt, wie bei der Infamie, aller Rechte fähig, welche ein römischer Bürger überhaupt haben kann. Wenn dies Princip in Beziehung auf das Staatsrecht in der Servianischen Verfassung nur eine bedingte Anerkennung fand, und es in Rom verschiedene Stände mit verschiedenen politischen Rechten gab, so muß dies eben so wie das Königthum als eine auf besonderen historischen Gründen beruhende Anomalie, und als das Resultat der damaligen äußern Lage Roms betrachtet werden, welche den Römern nicht gestattete, die Consequenzen ihres Freiheitsbegriffes auf dem Gebiete des öffentlichen Lebens zu entwickeln. Daher verschwand denn dieser auf

---

[5]) Der Gedanke, daß nur derjenige für voll zu rechnen ist, der so ist, wie er sein soll, kehrt auch in andern Bestimmungen wieder. Ein Kind muß, um erbfähig zu sein, nicht nur gelebt haben, sondern auch lebensfähig und im Stande gewesen sein, die vier Wände zu beschreien; ein Zinshahn muß von der Erde auf einen dreibeinigen Stuhl hüpfen können u. s. w.

keiner innern Nothwendigkeit beruhende Unterschied bei der weitern Entwickelung des römischen Lebens auch in demselben Maaße, in welchem die äußeren Verhältnisse der Plebs gestatteten, auf seine Beseitigung zu dringen.

Die Rechtsfähigkeit nach germanischem Begriffe stellt sich dagegen ihrem ganzen Wesen nach von vorn herein als eine relative dar, d. h. der an sich Rechtsfähige ist damit noch nicht aller möglichen Rechte, sondern eben nur derjenigen Rechte fähig, welche er gehörig zu gebrauchen vermag. So lange es für die Freien nur eine Lebensbeschäftigung gab, trat dies natürlich weniger scharf hervor; sobald sich das Volk aber in verschiedene Berufsstände sonderte, kam auch sofort der Satz zur Geltung, daß derjenige, der „vollkommen an seinen Rechten" war, doch immer nur derjenigen Rechte fähig geachtet werden könne, zu deren rechtem Gebrauche ihn eben sein Beruf befähigte. Das städtische Bürgerrecht gab also noch nicht das Recht, adelige Güter oder Bauerhufen zu acquiriren, und umgekehrt war der an seinen Rechten vollkommene Ritterbürtige deshalb noch nicht befugt, bürgerliche Nahrung zu treiben. Jeder ist eben sittlich verpflichtet, seinen Beruf zu erfüllen, und daher auch nur zu den Dingen berechtigt, wozu er nach seinem Stande und Lebensverhältnissen berufen ist. Von besonderer Wichtigkeit wird dies Princip natürlich für die Gestaltung des Staatsrechts. Während das römische Recht das allgemeine Stimmrecht jedes römischen Bürgers ohne Rücksicht auf seine Befähigung und Einsicht in Staatsangelegenheiten anerkennt, und die daraus entspringenden Gefahren für den Staat in der Servianischen Verfassung in ähnlicher Weise zu beseitigen suchte, wie dies in den modernen Wahlgesetzen versucht wird, anerkennt das germanische Recht freilich auch das Recht jedes freien

Mannes auf Theilnahme an der Berathung öffentlicher Angelegenheiten, anderer Seits aber auch die Beschränkung dieses Rechts auf das Maaß der politischen Befähigung. Daher konnten die Zünfte, als sie geistig und sittlich erstarkten, wohl das Recht der Selbstregierung in ihren Zunftangelegenheiten und eine Betheiligung am Stadtregiment, nicht aber einen Antheil am Landesregiment erringen, dem landsässigen Adel wohl die Landstandschaft zugebilligt werden, nicht aber die Reichsstandschaft u. s. w. Die germanische Rechtslehre geht eben, wie die griechische, von dem Princip aus, daß Volk und Staat ein Ganzes bilden, und als solches einen sittlichen Zweck haben, uud daß die Erreichung dieses Zweckes nur dann möglich ist, wenn jeder das thut, wozu er berufen ist, und was ihm zukommt, nicht aber das, wozu er grade Lust hat. Ein jeder soll thun, was seines Amts ist, und was seines Amts nicht ist, da soll er seinen Vorwitz lassen.

Diese Relativität der Rechtsfähigkeit nach germanischem Begriffe, vermöge deren consequent für jedes einzelne Recht die Fähigkeit zum rechten Gebrauche desselben gefordert werden muß, erzeugt in einzelnen Fällen, wo der Minderbefähigte nicht schlechthin ausgeschlossen wird, eigenthümliche Vorzugsrechte des Befähigtern, welche dem römischen Rechte natürlich ganz unbekannt sind. Dahin gehört der Vorzug des Mannesstammes bei der Erbfolge in Immobilien, der bald so bald anders modificirt, sich selbst bis zur gänzlichen Ausschließung der Weiber steigert, sowie die Vererbung des Heergewettes auf die männlichen, des Gerade auf die weiblichen Verwandten, ferner das Retracts- und Reluitionsrecht der Bürger in Bezug auf städtische an einen Auswärtigen verkaufte Grundstücke u. s. w.

Uebrigens versteht es sich nach den Grundprincipien des germanischen Rechts von selbst, daß der obige Grundsatz nicht abstract gefaßt und auf alle Rechte in gleicher Weise ohne Unterschied angewendet werden darf. Wer unfähig ist, dasjenige zu leisten, was von ihm nach seinem Stande und seinen Verhältnissen gefordert werden darf, dem kann darum noch nicht die Fähigkeit zu jedem Vermögensrechte abgesprochen werden, weil ihm damit zugleich die Möglichkeit abgeschnitten würde, sein Leben zu fristen. Er verliert daher nur den Anspruch auf den Besitz solcher Rechte, bei denen der Charakter des Amts in höherem Grade hervortritt, und bei deren rechter Verwaltung die Gesammtheit interessirt ist, wohin namentlich die Waffenfähigkeit mit den durch sie bedingten Rechten, insbesondere Theilnahme an der Ausübung der Rechtspflege [6]), also alle politischen Rechte im weitesten Umfange des Worts, ferner das Recht, ein öffentliches Gewerbe zu treiben, so wie aus den im speciellen Theile zu erörternden Gründen das Recht des Grundbesitzes zu rechnen sind. Er ist nicht rechtlos im römischen Sinne, sondern nur unvollkommen rechtsfähig.

§. 12.
Einfluß des Rechtsbegriffes auf die Grundsätze über Rechtsverlust und Rechtsminderung.

Nach dem römischen Princip gestaltet sich die Lehre über den Verlust des Rechts einfach so: Wie das Recht durch den Willen des Berechtigten und seine Kraft, diesen Willen zu

---

[6]) Darin besteht eben das Wesen der Rechtlosigkeit im ältern germanischen Rechte, daß der Rechtlose der Befugniß des freien unbescholtenen Mannes, das Recht zu schützen und realisiren zu helfen, entbehrt.

realisiren, entsteht, so kann es auch nur durch den Willen des Berechtigten, oder durch eine vis major verloren werden. Die Art und Weise des Gebrauchs dagegen hat auf den Bestand des Rechts keinen Einfluß, und namentlich Mißbrauch des Rechts keinen Rechtsverlust zur Folge [1]).

Nach der germanischen Ansicht dagegen muß das Recht aufhören, wenn der höhere sittliche Zweck desselben aufhört, oder wenigstens durch den Berechtigten nicht weiter erfüllt werden kann oder erfüllt wird. Als Beispiel der ersteren Art ist hier vor allem das Aufhören der väterlichen Gewalt zu erwähnen, welche im Gegensatze zum römischen Rechte nicht erst mit dem Tode des Vaters, sondern schon bei dessen Lebzeiten mit dem Aufhören ihres Zweckes ihre Endschaft erreicht. Bei den Fällen der zweiten Art dagegen muß unterschieden werden:

1) Der zur Erfüllung des Zweckes fähige Berechtigte erfüllt diesen Zweck nicht; er gebraucht also sein Recht nicht, oder mißbraucht es. Für diesen Fall ist der im canonischen Rechte ausgesprochene Grundsatz, daß Privilegien wegen Mißbrauchs revocirt werden können, quia privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate, als ein allgemeines Princip des germanischen Rechts anzusehen, wie denn auch die uns geläufigen Ausdrücke: „sein Recht verwirken", sein Recht einbüßen", auf einen solchen Gedanken hinweisen, und es ist hier nur daran zu erinnern, daß das Wort privilegium im Mittelalter eine wesentlich andere und weitere Bedeutung

[1]) Wenn einige wenige singuläre Ausnahmen von diesem Princip vorkommen, wie z. B. die Bestimmung aus der Kaiserzeit, daß der Herr wegen übermäßiger Mißhandlung des Sklaven zum Verkaufe desselben gezwungen wird, so sind das eben nur Ausnahmen, über deren Entstehungsgrund bereits oben gesprochen ist.

hat, als im römischen Rechte, und z. B. alle besonderen Standesrechte darunter mitbegriffen werden. Freilich versteht sich nach dem Grundprincip der germanischen Rechtslehre von selbst, daß nicht jeder Nichtgebrauch oder Mißbrauch des Rechts dessen Verlust zur Folge haben kann, weil damit die sittliche Freiheit der Einzelnen und der Begriff des Rechts selbst aufgehoben werden würde. Die Existenz jenes Princips läßt sich jedoch durch die verschiedensten Anwendungen nachweisen. So führt z. B. betrüglicher Betrieb eines Gewerbes und grober Verstoß gegen die Zunftordnung zur Ausstoßung aus der Zunft, und das Recht auf die Grube wird verwirkt, wenn sie nicht gehörig bebauet wird. So muß nach städtischem Rechte der Besitzer eines Hausplatzes, den er nicht bebauet, diesen an einen Dritten abtreten, der ihn bebauen will; der Vasall verliert sein Lehen zur Strafe für seine Felonie, und der Bauer wird wegen schlechter Wirthschaft abgemeiert [2]). Ferner ist hierher zu rechnen der Verlust des Jagdgewehres, womit gegen die Jagdgesetze gefrevelt ist; das Abhauen der Hand oder der drei Finger, welche beim Schwure gebraucht sind, als Strafe des Meineids, der Verlust des Waffenrechts und das Zerbrechen der Waffen u. s. w. — Insbesondere aber ist hier das Institut der Verjährung von Jahr und Tag zu erwähnen, in welchem sich eben, wie dies keines weitern Beweises bedürfen wird, das allgemeine Princip ausspricht, daß, wer so nachlässig in der Erfüllung der mit dem Rechte verbundenen Pflich-

---

[2]) Etwas ähnliches findet sich auch bei der Emphyteuse. Diese bildet aber, wie weiter unten nachzuweisen sein wird, auch in anderen Beziehungen eine Ausnahme von den Principien des römischen Rechts, und gehört nach Ursprung und Wesen dem eigentlichen römischen Rechte überhaupt nicht an.

ten ist, daß er sich Jahr und Tag um dasselbe nicht bekümmert, dasselbe zur Strafe für seine Nachlässigkeit verliert [3]).

2) Der Berechtigte ist zum rechten Gebrauche des von ihm besessenen oder ihm anfallenden Rechts unfähig. In diesem Falle ist zu unterscheiden, ob die Unfähigkeit eine moralische oder physische ist. Im ersten Falle, d. h. wenn der Berechtigte durch Verbrechen oder ehrlose Handlungen die Präsumtion verscherzt, daß er die ihm verliehenen Rechte ihrem höhern sittlichen Zwecke gemäß gebrauchen werde, verliert er nothwendig, — wenn auch, wie erwähnt, nicht alle Rechte, weil er dann verhungern müßte, — wenigstens die bereits genannten Rechte, bei denen der Charakter des Amts und das Interesse der Gesammtheit an ihrer rechten Verwaltung bestimmter hervortritt.

Ist dagegen der Berechtigte physisch unfähig, das Recht gehörig zu gebrauchen, wobei natürlich eine vorübergehende Krankheit überall nicht in Betracht kommen kann, so würde es zunächst offenbar eine unbillige Härte sein, wenn man demjenigen, der durch K r a n k h e i t oder U n g l ü c k s f ä l l e unfähig wird, die ihm obliegenden Pflichten zu erfüllen, nun auch deshalb seine Rechte nehmen wollte. Krankheit und Unglücksfälle sind Schickungen Gottes; der durch sie Betroffene wird gewissermaßen von Gott selbst seiner Pflichten entbunden, und daher gilt für das Landrecht nicht blos, sondern auch für das Lehenrecht der Grundsatz, daß Gebrechen, welche zum E r w e r b von Erbe und Lehen unfähig machen, doch den V e r l u s t des einmal Erworbenen nicht herbeiführen [4]). — Anders aber steht die

---

[3]) Daß der römischen Usucavion ein anderer Gesichtspunkt zum Grunde liegt, ist bereits erwähnt.

[4]) Sachsenspiegel I, 4.

Sache bei der in dem jugendlichen oder Greisenalter des Berechtigten liegenden Unfähigkeit. Wer zu jung ist, die auf dem Rechte ruhenden Verpflichtungen zu erfüllen, der hat wohl einen Anspruch darauf, daß ihm die Rechte bis zu dem Zeitpunkte conservirt werden, wo er zu deren Verwaltung fähig wird, und daß er einstweilen aus den Aufkünften ernährt und erzogen wird; allein er kann nicht beanspruchen, daß ein Anderer für ihn die Pflichten erfüllt und er den Nutzen davon zieht. Eben so muß derjenige, der zu alt dazu ist, sich sittlich verpflichtet fühlen, mit der Last auch die Lust an seinen Nachfolger abzutreten, und sich mit einem angemessenen Unterhalt zu begnügen. Auf dem ersten Gedanken beruht das Institut der Interimswirthschaft und der tutela fructuaria des älteren Rechts, deren Existenz als allgemeines landrechtliches Institut wohl mit Unrecht in Folge römischer Auffassung des Verhältnisses bezweifelt wird; auf dem letzteren das Institut der Leibzucht. Zu einem ausgebildeten Institut finden wir das letztere freilich nur beim Bauernstande entwickelt, wenngleich einzelne analoge Bestimmungen auch anderweitig vorkommen [5]); dies erklärt sich aber leicht. Die sittliche Verpflichtung des Berechtigten, die Rechte, zu deren Verwaltung er nicht mehr fähig ist, an seine Erben abzutreten, bestand und besteht freilich auch

---

[5]) So mußten z. B. die alten baierischen Herzöge ihre Würde abtreten, wenn sie nicht mehr in voller Rüstung zu Pferde steigen konnten, und in gewissem Sinne dürften auch die bekannten Kraftproben, von denen die Dispositionsfähigkeit über fahrende Habe abhing, und durch die ermittelt wurde, ob der Einzelne noch fähig sei, seinem Berufe vorzustehen, hierher gezählt werden. Auch spricht sich z. B. der Grundsatz, daß die Früchte eines Gutes nicht dem Eigenthümer als solchem, sondern demjenigen, der sie gebauet hat, gebühren, in der Lehre über die Separation des Lehens vom Allod, aus.

in den anderen Berufsständen, und würde an und für sich der Erhebung zur Rechtspflicht wohl fähig sein. Allein auf der andern Seite widerspricht es offenbar der schuldigen Pietät, wenn der Sohn oder Erbe den sich noch für kräftig haltenden Vater oder Verwandten zur Abtretung seines Rechts drängen wollte, und diese Rücksicht, welche beim Gutsherrn natürlich wegfällt, stand hier der Erhebung jener sittlichen Pflicht zur Rechtspflicht entgegen.

§. 13.
Sonstiger Einfluß des Rechtsbegriffs auf die Gestalt des Rechtssystems.

Nach der römischen Ansicht ist die durch den Willen des Besitzers begründete physische Herrschaft der Entstehungsgrund des Einzelrechts und die im Staate geltende Rechtsordnung nur eine später hinzukommende, zur Sicherung und Realisirung der ersteren dienende Institution. Die Einzelrechte sind dem Begriffe und der Zeit nach früher, als die sie schützende Rechtsordnung. Sie sind das Primäre, und die Rechtsordnung, als das secundäre zu ihrer Realisirung dienende Mittel, muß daher nothwendiger Weise Form und Inhalt aus der Natur der Einzelrechte erhalten.

Nun sind die Menschen außerhalb des Staates absolut pflichtlos. Sie können durch ihren Willen Herrschaftsverhältnisse begründen, also Rechte erwerben; im Begriffe der natürlichen Freiheit aber ist kein Moment enthalten, woraus sich der Begriff einer Pflicht ableiten ließe und es kann daher außerhalb des Staates nur von Rechten, nicht aber von Pflichten die Rede sein. Freilich sind Recht und Pflicht in sofern correlat, als dem Rechte des Herrschenden die Pflicht des Be-

herrschten, dem Rechte des Gläubigers die Pflicht des Schuldners correspondirt. Allein diese Pflicht ist kein selbstständiger Begriff; sie ist nur ein Product und eine natürliche Consequenz jenes Rechts. Ihr Entstehungsgrund liegt nicht in der Person des Verpflichteten, sondern lediglich in dem Willen des Berechtigten und seiner physischen Kraft, den anderen zur Erfüllung dieses seines Willens zu zwingen. Dieses ursprüngliche Verhältniß erleidet durch die Gründung des Staats keine weitere Veränderung, als daß der Wille des Berechtigten durch den ihn schützenden Gesammtwillen eine größere Stärke erhält, und es kann folglich auch in der zum Schutze der Einzelrechte aufzurichtenden Rechtsordnung nur von Rechten, nicht aber von Pflichten der Einzelnen die Rede sein. Jene Rechte sind die Bausteine, aus denen das Gebäude des Rechtssystems erbauet wird, und das ganze Rechtssystem ist daher nur ein System der durch ihre Coexistenz sich gegenseitig beschränkenden Einzelrechte.

Hieraus ergeben sich folgende praktische Consequenzen:

1) Jedes Rechtsverhältniß fällt für die Betrachtung der Römer lediglich unter den Gesichtspunkt eines einem bestimmten Rechtssubjecte zustehenden Rechts. So z. B. das Rechtsverhältniß zwischen Vater und Kindern unter den Gesichtspunkt des dem Vater zustehenden Rechts, der patria potestas; die Obligation unter den Gesichtspunkt des dem Creditor zustehenden Forderungsrechts. Daher bedarf es zur Begründung eines Rechtsverhältnisses vor allem eines bestimmten Rechtssubjects, in dessen Person ein Recht begründet werden soll, und dessen Wille den Ausgangspunkt für das ganze Rechtsverhältniß bildet. Aus diesem Grunde werden z. B., obgleich sonst für letztwillige Dispositionen der Grundsatz gilt: uti legassit, ita jus esto,

nichts desto weniger legata incertae personae relicta für ungültig erklärt, und ebenso die legata poenae nomine relicta, weil der Testator durch sie eigentlich kein Forderungsrecht begründen, sondern nur den Erben eine Verpflichtung ohne Forderungssubject auflegen, und deren Erfüllung indirect durch Anordnung des Legats sichern will.

2) Weil ferner der Entstehungsgrund jedes Rechts in dem Willen des Berechtigten liegt, so muß jedes Rechtsverhältniß unter den Gesichtspunkt eines aus dem Willen des Berechtigten originirenden Rechts gebracht werden, und nur diejenigen Rechtsverhältnisse, bei denen dies möglich ist, sind für die Römer construirbar. So wird z. B. die Obligation unter den Gesichtspunkt eines durch den Willen des Creditors begründeten Forderungsrechts gebracht, wovon unter anderem die Folge ist, daß das durch zweiseitige Verträge begründete Rechtsverhältniß in zwei selbstständige, von einander unabhängige Forderungsrechte zerlegt wird, so wie daß, wie bereits erwähnt, Verträge zu ihrer Klagbarkeit einer bestimmten Form, oder einer animo obligandi vorgenommenen Leistung bedürfen. — Aus diesem Grunde sind alle Rechte, welche ihren Ursprung und Entstehungsgrund in der sittlichen Pflicht eines andern haben, deren sich im germanischen Rechte unzählige finden [1]), für die Römer unconstruirbar. Dies wird besonders für das Familien- und Erbrecht wichtig, welche ihrer Natur nach grade auf das zwischen Blutsverwandten bestehende sittliche Zusammengehörigkeitsver-

[1]) Z. B. die Retractsrechte, welche aus der sittlichen Verpflichtung des Eigenthümers, das von ihm zu veräußernde Grundstück den ihm nahe Stehenden zunächst anzubieten, entspringen; ferner die aus dem sittlichen Verhältnisse der Familienglieder, Innungs- und Gemeindegenossen entspringenden Rechte u. s. w.

hältniß gegründet sind. Daher haben die Römer auch ein Familienrecht in unserem Sinne eigentlich gar nicht, und kommen, wie im speciellen Theile nachgewiesen werden soll, zum Erbrechte erst auf Umwegen.

3) Weil ferner jedes Recht ein reines Recht ist, dessen Ausübung lediglich von dem Willen des Berechtigten abhängig und mit dem keine Pflicht verbunden ist, so sind für die Römer alle Rechtsverhältnisse unconstruirbar, bei denen mit dem Rechte eine Pflicht verbunden ist, und diese als auf jenem ruhend angesehen werden müßte. Daher müssen auch aus diesem Grunde zweiseitige Verträge in zwei von einander unabhängige Forderungsrechte zerlegt werden. Dies wird insbesondere für das Sachenrecht und für die demselben angehörigen dinglichen Rechte wichtig. Der Eigenthümer einer Sache kann darnach zwar solche dingliche Rechte an derselben constituiren, wodurch die Rechte des Eigenthümers beschränkt werden, so daß der Inhaber des dinglichen Rechtes selbst an der dienenden Sache Handlungen vornehmen, oder dem Eigenthümer bestimmte Handlungen untersagen kann, — servitutes, quae consistunt in patiendo vel in non faciendo; — allein er kann keine dinglichen Rechte constituiren, wodurch eine positive Pflicht des Eigenthümers mit dem Besitze der Sache verknüpft würde, wie z. B. bei den Reallasten: servitutes in faciendo consistere nequeunt [2]).

4) Weil der Wille des Berechtigten den Ausgangspunkt für das ganze Rechtsverhältniß bildet, so sind endlich die Grenzen, welche nach dem Princip der römischen Rechtslehre dem Einzelwillen gesteckt sind, auch für die Rechtsverhältnisse

[1]) Eine Ausnahme bildet auch hier wieder die Emphyteuse, bei der auf dem Rechte des Emphyteuta positive Pflichten ruhen.

maaßgebend. Nach jenem Princip soll das Recht nur die äußeren rechtlichen Verhältnisse der Menschen zu einander regeln, dagegen jedem einzelnen paterfamilias die volle Freiheit subjectiv sittlicher Selbstbestimmung lassen. Dadurch werden alle Verhältnisse und Verträge, welche auf einen sittlichen Zweck gerichtet sind, von vorn herein von dem Gebiete des Rechts ausbeschieden. Diejenigen, welche gemeinsame sittliche Zwecke haben, können sich allerdings zu deren Verwirklichung mit einander verbinden; allein diese Verbindung bleibt außerhalb der Sphäre des Rechts. Um den Charakter eines Rechts anzunehmen, muß der Wille des Einzelnen auf einen vermögensrechtlichen Gegenstand gerichtet sein, oder vermögensrechtliche Schätzung, — eine pecuniaria condemnatio — zulassen. Von welcher Bedeutung dies ist, ergiebt sich z. B. schon aus den engen Grenzen, welche dadurch dem Genossenschaftswesen gesteckt sind.

Nach der germanischen Ansicht dagegen ist die durch das Sittengesetz begründete Rechtsordnung das Primäre. Sie ist der Zeit und dem Begriffe nach früher da, als die Einzelrechte; diese entspringen erst aus ihr, und sind das zur Realisirung jener dienende Mittel. Aus jener Rechtsordnung entspringen nun aber nicht blos Rechte, sondern auch und zwar zunächst Pflichten, und durch die Einzelrechte soll eben nur die freie Erfüllung jener Pflichten gesichert werden. Daher empfängt nicht die Rechtsordnung aus der Natur der Einzelrechte, sondern umgekehrt diese aus der Natur der Rechtsordnung Form und Inhalt, und daher bilden bei der Realisirung der Rechtsordnung grade die Pflichten der einzelnen Menschen überall die Ausgangspunkte. Dadurch wird das germanische Recht von den Beschränkungen befreit, welche den Römern durch den ent-

gegengesetzten Ausgangspunkt aufgezwungen werden, und demselben ein viel reicherer Inhalt gewonnen. Dadurch wird zunächst ein wirkliches Familienrecht und die ungezwungene Entwickelung des Erbrechts möglich; dadurch wird ferner für das Sachenrecht die Möglichkeit persönlich-dinglicher Rechtsverhältnisse gegeben und namentlich der Grundbesitz ein Mittel zur Anknüpfung und Befestigung sittlicher Beziehungen; dadurch wird endlich im Obligationenrechte Raum geschaffen für Verträge, welche auf die Realisirung sittlicher Zwecke gerichtet sind, und die aus dem Fraternitätsverhältniß der Menschen entspringenden allgemeinen Verpflichtungen in die concrete Pflicht zu besonderer gegenseitiger Treue umgestalten, und überhaupt im Gebiete des öffentlichen und Privatrechts eine sittliche Organisation der Gesammtheit möglich gemacht. —

Der so eben erörterte Gegensatz spricht sich in einer eigenthümlichen Weise auch in der systematischen Darstellung des Rechts aus. Der Sachsenspiegel beginnt die Darstellung des Rechtssystems mit der Darstellung der göttlichen Weltordnung, der Einsetzung der zwei Schwerter und den sieben Heerschilden; und auch uns ist es heut zu Tage noch natürlich geblieben, das System nach der Natur und Zusammengehörigkeit der Rechtsverhältnisse zu ordnen, also das Privatrecht in Familienrecht, Sachenrecht, Obligationenrecht und Erbrecht zu theilen, und bei der Darstellung der einzelnen Institute die daraus für die Einzelnen entspringenden Rechte und Pflichten zu behandeln. — Die Römer dagegen befolgen bei der Darstellung des Systems da, wo nicht ein äußerer praktischer Zweck die Ordnung bestimmt, ganz die dem oben erwähnten Princip entsprechende Ordnung. So theilt z. B. Gaius seine Institutionen in drei Hauptabschnitte, von denen der erste de per-

sonis, — von den Rechtssubjecten, — der zweite de rebus, — von den diesen Rechtssubjecten zustehenden Rechten — und der dritte de actionibus, — von der gerichtlichen Verfolgung dieser Rechte — handelt, und der leitende Gesichtspunkt für die Darstellung im Einzelnen ist die Art und Weise, wie die einzelnen Rechte erworben und verloren werden. So wird z. B. die Ehe mit der Adoption als Mittel zur Erwerbung der väterlichen Gewalt zusammengestellt, ferner der Uebergang vom Sachenrecht zum Erbrecht durch die Bemerkung gebildet, daß nach Darstellung der Regeln, quemadmodum singulae res nobis acquirantur, nun zu erörtern sei, quibus modis per universitatem res nobis acquirantur, und II, §. 12—14 hereditas und obligatio als jus succedendi und jus obligationis aufgefaßt und demgemäß mit den Servituten unter die Kategorie der res incorporales gebracht [3]).

§. 14.
Verhältniß der Einzelrechte zum Staate.

Aus der römischen Ansicht über Wesen und Entstehung der Einzelrechte, wonach diese vor dem Staate nur durch die physische Kraft des Besitzers geschützt sind, und im Staate den Charakter der Unverletzlichkeit nur durch den sie schützenden Gesammtwillen erhalten, folgt von selbst, daß diese Unverletzlichkeit für das Volk selbst, aus dessen Willen sie entsprungen ist, nicht existirt, und daß das Volk vermöge seiner Stellung zu der von ihm geschaffenen Rechtsordnung, und ebenso folglich auch der mit der Machtvollkommenheit des Volkes bekleidete Inhaber der

---

[3]) Eine ähnliche Ordnung, wie den Institutionen des Gaius, liegt auch den Fragmenten Ulpian's zum Grunde.

Staatsgewalt, bestehende Einzelrechte aufzuheben rechtlich befugt sind. Der Begriff „wohlerworbene Rechte," welche auch der Staat als solche zu respectiren verpflichtet wäre, ist den Römern vollkommen fremd, und daher kann auch von denjenigen Garantien, welche das germanische Recht zum Schutze derselben geschaffen hat, im römischen Rechte nicht die Rede sein. Weil das Volk die Quelle des Rechts ist, so ist auch Alles, was es beschließt, Recht. Die Staatsgewalt ist die höchste Gewalt im Staate, und als solche unwiderstehlich; es giebt keine andere Gewalt, deren Intercession ihr gegenüber nachgesucht werden könnte, und in dieser ihrer Machtstellung ist auch ihre rechtliche Omnipotenz begründet [1]). Die hieraus sich ergebenden Consequenzen werden von den römischen Juristen in der Kaiserzeit, wo sie in mehrfacher Beziehung praktische Bedeutung erhielten, unbedenklich anerkannt, zugleich aber auch als so selbstverständliche Consequenzen des Satzes: quod principi placuit, legis habet vigorem angesehen, daß sie einer besondern Erwähnung nicht bedürftig geachtet werden.

Freilich versteht es sich, wie bereits in einer andern Beziehung erwähnt worden, von selbst, daß dies nur von der rechtlichen Stellung der Staatsgewalt zu den Einzelrechten gilt, und daß ihre sittliche Stellung zu derselben eine andere ist. Der Zweck des Staates ist grade, die persönliche Freiheit der Einzelnen zu schützen, und daß daher eine willkürliche Verletzung der Einzelrechte ebenso sehr dem Zwecke des Staates

---

[1]) Die Aufhebung der Einzelrechte durch einen Act der Staatsgewalt fällt daher für die römische Betrachtung auch ganz consequent unter den Gesichtspunkt eines durch vis major herbeigeführten Rechtsverlustes, eines casus. L 33 D locati. L 15 §. 1 D. de rei vind. L 11 D de evictionibus.

zuwiderlaufend als sittlich verwerflich ist, wird natürlich auch von den Römern nicht bezweifelt. Allein das Wesen der römischen Rechtslehre besteht eben in der strengen Festhaltung des Unterschiedes zwischen Recht und Sittlichkeit. Wie überall, so construirt sie auch hier das Recht ohne Rücksicht auf die Grundsätze der Sittlichkeit und auf den möglichen Mißbrauch des Rechts; und wie überall, so geht sie auch hier von der Voraussetzung aus, daß das Volk durch die Gründe der Vernunft und Sittlichkeit sich von selbst zu einem sittlichen Gebrauche der ihm zustehenden Macht bestimmen lassen werde.

Daher liegt den römischen Juristen auch nichts ferner als die Frivolität, mit der heutiges Tages so oft über die Abhängigkeit der Einzelrechte vom Volkswillen reflectirt, und die Möglichkeit ihrer Aufhebung erörtert wird. Das Ausmalen dieses Abhängigkeitsverhältnisses und das behagliche Erörtern von Dingen, die das Volk zu thun zwar rechtlich befugt ist, die es aber factisch nicht thun kann, ohne zugleich die Grundlagen des Staatslebens zu zerstören, war auch bei den Römern mehr das Geschäft neuerungssüchtiger Demagogen als praktischer Juristen. Ein willkürliches Brechen bestehender Einzelrechte von Seiten des Staates muß grade die auf das Subjectivitätsprincip gegründete Staatslehre, wenn sie auch keine anderen Garantien dagegen zu schaffen vermag, als diejenige, welche im allgemeinen Stimmrechte liegt, auf das Schärfste reprobiren; und wenn daher die Römer, wenigstens in ihren besseren Zeiten, dieselbe strenge Achtung vor den bestehenden Rechten gehabt haben, welche jedes sittliche Volk vor denselben hegt, so beweist das eben nur, daß sie die sittliche Kraft gehabt haben, die Principien, auf welche ihr ganzes Leben gegründet war, auch praktisch durchzuführen. Vergessen dürfen wir dabei freilich auch

nicht, daß die Verhältnisse, in denen das römische Volk lebte, wesentlich dazu beitrugen, diese Durchführung möglich zu machen. Um die Welt zu erobern, bedurfte es für sie des festesten Zusammenhaltens, und so lange einer Seits die Bedürfnisse und Reichthümer der einzelnen Römer nicht groß, und anderer Seits die Existenz des Staates durch mächtige Feinde bedroht war, auch die steten Kriege die Bevölkerung Roms fortwährend decimirten, so lange mußte auch das Bewußtsein von der Nothwendigkeit dieses Zusammenhaltens die Oberhand behalten, und so lange mußte es auch dem Proletariat einleuchtend sein, daß es vortheilhafter sei, sich durch Beute und Eroberung, als durch communistische Gesetze zu bereichern. Und daneben zeigen denn doch auch die schon in früher Zeit vorkommenden Agrar- und Zinsgesetze[2]), welche die Plebs durchsetzte, daß diese von dem Bewußtsein der durch wohlerworbene Rechte Einzelner nicht beschränkten Omnipotenz des römischen Volkes vollkommen durchdrungen war. —

Wenn dagegen, wie nach der germanischen Ansicht, der Entstehungsgrund der Einzelrechte in der aus dem göttlichen Willen entsprungenen höhern Rechtsordnung liegt, so ist ihre Existenz vom Willen des Volkes unabhängig. Jede willkürliche Verletzung eines wohlerworbenen Rechts involvirt zugleich eine Verletzung der höheren, von Gott stammenden sittlichen

---

[2]) Daß namentlich die altrömischen Zinsgesetze nicht aus dem Grunde der Unsittlichkeit des Wuchers erlassen wurden, sondern daß die tief verschuldete Plebs, — freilich durch die Habsucht und Hartherzigkeit der Patricier dazu getrieben, — dieselben lediglich als Mittel zur Erleichterung ihrer Schuldenlast durchsetzte, ergiebt sich aus Livius zur Genüge. Daher bezeichneten die Patricier dieselben ebenso wie die Agrargesetze auch grade zu als einen Raub, durch den die fides, cum qua omnis humana societas tollitur, zerstört werde. —

Ordnung, und es kann dabei natürlich keinen Unterschied machen, ob diese Verletzung von einem Einzelnen oder von dem Staate ausgeht. Jedes wohlerworbene Recht ist vermöge des dasselbe schützenden göttlichen Gebotes heilig, und der Staat, dessen Aufgabe grade ist, „das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken," muß diese Heiligkeit nothwendig ebenso gut respectiren als der Einzelne.

Demgemäß müssen die Einzelrechte im germanischen Rechte als von dem Willen der Staatsgewalt unabhängig dargestellt, und bei der Machtstellung, welche die Staatsgewalt hat, zugleich durch besondere Garantien gegen willkürliche Verletzungen gesichert werden. Solche Garantien, welche, wie gesagt, dem römischen Rechte vollkommen unbekannt sind, sind

1) Die Verpflichtung des Inhabers der Staatsgewalt, die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen einem Richterspruche zu unterwerfen. Dies ist bereits im Sachsenspiegel [3]) anerkannt, nach welchem der Kaiser vor dem Pfalzgrafen, der Markgraf vor dem Burggrafen, und der Graf vor dem Schultheißen belangt wird, und als constanter Grundsatz in allen deutschen Ländern bis auf die neueste Zeit festgehalten. Das ältere Recht vervollständigt den dadurch den Einzelrechten gesicherten Schutz durch den Satz, daß bei gewaltsamen Eingriffen nicht nur der Verletzte das Recht des Widerstandes habe, sondern auch jeder Dritte ihm dabei Beistand zu leisten berechtigt und verpflichtet sei [4]).

---

[3]) III, 52, 3.

[4]) Sachsenspiegel III, 78, §. 2. 5. — Ein interessantes Beispiel, wie die allgemeinen Voraussetzungen des römischen und germanischen Rechts in dieser Beziehung von einander abweichen, und wie zugleich die eindringende römische Anschauungsweise die Grundlagen unseres Staatslebens

2) Das Princip der Unabhängigkeit der Rechtspflege von der Staatsgewalt. — Dies Princip hängt mit der ganzen germanischen Rechtslehre auf das Engste zusammen. Wenn das Recht ein Product des Volkswillens ist, so besteht die Rechtspflege ihrem Wesen nach in der Verwirklichung des Volkswillens im einzelnen streitigen Falle. Das Volk, oder der mit der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten beauftragte und mit dem hierzu erforderlichen imperium versehene Magistrat ist vermöge dieses imperii zur Entscheidung eines streitigen Falles allein competent. Jeder Dritte kann nur eine unmaaßgebliche Meinung äußern, der die streitenden Theile sich zu unterwerfen nicht verpflichtet sind; die wirkliche Entscheidung ist und muß ein Act der Staatsgewalt sein. Daher entscheidet im römischen Processe der Prätor selbst den Streit, und wenn er sich dabei auch der judices als seiner Gehülfen bediente, so erlangen diese doch eben die Befugniß der Entscheidung nur durch seinen Auftrag, und der Inhalt der von ihnen zu erlassenden Entscheidung wird ihnen zugleich vom Prätor durch die formula vorgezeichnet. Von einer Unabhän-

angegriffen hat, bietet die Art und Weise, wie die bereits unter dem Einflusse des römischen Rechts stehende spätere Glosse diese Bestimmungen behandelt. Daß der Kaiser verpflichtet sein solle, die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen einem Richterspruche zu unterwerfen, kann sie natürlich nicht anerkennen, weil nach dem Corpus juris alles, was der Kaiser thut und befiehlt, Recht ist, und daher beschränkt sie jene Bestimmung auf die Zeit, wo der König in Folge der Wahl deutscher König ist, aber die römische Kaiserkrone noch nicht empfangen hat. Eben so anstößig ist ihr der Satz, daß man „dem Könige Unrechts widerstehen möge", und daher meint sie, obgleich sie unmittelbar vorher ganz richtig bemerkt hat, daß der Sachsenspiegel unter „König" den deutschen Kaiser verstehe, hier: dies könne nur von einem gewöhnlichen Könige, wie dem Könige von Böheim oder Dänemark verstanden werden, nicht aber vom Kaiser, dessen Wille und Befehl immer Recht sei.

gigkeit der Rechtspflege von der Staatsgewalt kann daher in der römischen Staats- und Rechtslehre natürlich gar keine Rede sein, weil eben die jurisdictio selbst ein Act der Staatsgewalt ist, und daher gehört es denn in der Kaiserzeit auch zu den unzweifelhaften Befugnissen des Kaisers, in die Entscheidung des einzelnen Falles einzugreifen. — Wenn das Recht dagegen ein Product des göttlichen Willens ist, so kann der Urtheilsspruch in einem streitigen Falle auch durch unparteiische, unbescholtene Männer, vermöge des sich in ihrem sittlichen Bewußtsein manifestirenden göttlichen Willens gefunden werden, und es bedarf daher zur Ermittelung der richtigen Entscheidnng eines Einschreitens der Staatsgewalt nicht. Nun ist einer Seits nach der germanischen Rechtslehre die Staatsgewalt nicht befugt, zu bestimmen, was Recht sein soll, sondern nur zu realisiren, was Recht ist, und anderer Seits jeder Mensch zwar verpflichtet, sich einem Rechtsspruche, aber nicht einem Machtspruche zu unterwerfen, und wie demzufolge jeder Einzelne den Anspruch auf einen unparteiischen Rechtsspruch hat, so folgt daraus auch von selbst, daß die Aufgabe der Staatsgewalt in Beziehung auf die Rechtspflege nur darin bestehen kann, für die Herbeiführung eines unparteiischen Rechtsspruchs zu sorgen und diesen zu vollstrecken. Demgemäß unterscheidet die germanische Rechtslehre zwischen dem Finden des Urtheils und der Herbeiführung und Vollstreckung desselben. Nur das letztere ist Sache der Staatsgewalt, das erstere, im Interesse einer unparteiischen Rechtspflege, Sache unbescholtener, kundiger Männer, die in Bezug auf diese ihre Handlung von der Staatsgewalt unabhängig sind. Auf diesem Princip beruht die ältere Schöffenverfassung und der Grundsatz, daß jeder nur von Seinesgleichen gerichtet werden könne, und

diese nach dem Untergange der Schöffenverfassung auf die gelehrten Richter übergegangene Unabhängigkeit ist in den deutschen Staten auch bis auf die neueste Zeit respectirt worden.

3) Endlich die verfassungsmäßige Beschränkung des Gesetzgebungsrechts und überhaupt der Staatsgewalt durch die Stände, deren Recht und Beruf hauptsächlich mit in dem Schutze wohlerworbener Rechte besteht. — Das Nähere hierüber gehört dem Staatsrechte an; hier bedarf es nur einiger Bemerkungen. Die Heiligkeit wohlerworbener Rechte ist natürlich nicht in dem Sinne zu verstehen, als ob ein bestehendes Einzelrecht vom Staate niemals und unter keinen Umständen aufgehoben werden könnte. Grade der germanische Begriff des Einzelrechts, wonach dasselbe einem höhern sittlichen Zwecke dient, und um dieses Zweckes willen dem Einzelnen verliehen ist, führt nothwendiger Weise zu dem Satze, daß, wenn der höhere sittliche Zweck des Rechts durch dasselbe entweder überall nicht oder nicht gehörig mehr erreicht werden kann, oder wenn dasselbe mit höheren Interessen collidirt, auch das Recht selbst aufhören oder modificirt werden muß. Die Aufgabe desselben wird sittliche Pflicht, wie die Aufgabe der väterlichen Gewalt, wenn ihr Zweck aufhört, und ebenso gut, wie dem Einzelnen, der den Zweck des Rechts nicht erfüllt, dies zur Strafe genommen werden kann, oder die väterliche Gewalt in jenem Falle auch wider den Willen des Vaters aufhört, können unter gleichen Voraussetzungen auch bestehende Einzelrechte durch den Staat aufgehoben werden. Allein nach dem Princip der germanischen Rechtslehre kann die Frage, ob ein solcher Fall vorhanden ist, so wie die Art und Weise der Aufhebung, nicht dem subjectiven Ermessen des Inhabers der Staatsgewalt überlassen bleiben, und ebenso wenig bloße Ma-

joritätsfrage sein; vielmehr ist dazu die Einwilligung entweder des Betheiligten selbst, oder der zu seiner Vertretung berufenen Personen, der Stände, erforderlich. — Auf diesem Princip beruht die bekannte Unterscheidung zwischen den Gesetzen, zu welchen der Rath der Stände, und denen, zu welchen die Einwilligung derselben erforderlich ist, so wie in denjenigen Fällen, wo besondere Rechte eines Standes in Frage stehen, das Recht der itio in partes [5]), sodann aber auch der Satz, daß mit Einwilligung der Stände wohlerworbene Rechte Einzelner, z. B. durch Expropriationsgesetze, aufgehoben werden können. Denn auch nach dem den ständischen Verfassungen zum Grunde liegenden Principe sind die Stände die Vertreter des Volkes. Sie sind es freilich nicht in dem modernen Sinne, so daß sie nach ihrem subjectiven Dafürhalten über die Rechte der Einzelnen zu disponiren befugt wären, sondern in dem Sinne, in welchem nach dem ältesten germanischen Rechte jeder freie Mann befugt ist, das Recht derer zu schützen, welche dies selbst zu thun außer Stande sind. Allein auch dieses Vertretungsrecht der Stände involvirt nothwendiger Weise die Befugniß, in einem Falle der oben bezeichneten Art zu einer aus sittlichen Gründen gebotenen Aufhebung von Einzelrechten ihre Zustimmung zu geben.

---

[5]) Innerhalb des einzelnen Standes entscheidet dagegen die Majorität, indem, wenn diese sich von ihrer sittlichen Pflicht zur Aufgabe eines Rechts überzeugt hat, die Minorität gewissermaaßen durch ein judicium parium überwunden ist.

Drittes Capitel.

Die Freiheit.

§. 15.
Begriff der Freiheit.

Nach der vom Begriffe des Subjects ausgehenden römischen Denkweise ist der Mensch ein mit Vernunft und Willen begabtes Wesen, das vermöge dieser seiner Eigenschaften fähig ist, und nothwendiger Weise auch zugleich berechtigt gedacht werden muß, sich selbst und seine Handlungen nach seinem subjectiven Ermessen zu bestimmen. In dieser Berechtigung besteht seine Freiheit, und wenn man auf den ursprünglichen Zustand zurückgeht, und diejenigen Beschränkungen hinwegdenkt, welche Staat und Recht den Einzelnen auferlegt haben, so müssen alle Menschen als frei[1]) und zugleich die Freiheit der Einzelnen als eine absolute gedacht werden, weil von Natur kein Mensch dem andern unterworfen sein kann und vor der Gründung des Staates keine äußere Macht existirt, welche der Freiheit des Menschen Schranken auferlegte. Innerlich und sittlich ist der Mensch freilich durch sein Verhältniß zu Gott im Gebrauche seiner Freiheit beschränkt, allein dies berührt, wie bereits erwähnt, seine äußere Freiheit nicht, und grade darin besteht der größte Werth dieser Freiheit, daß er bei Erkennung und Befolgung der Vorschriften des Sittengesetzes lediglich seiner subjectiven Ueberzeugung folgen und sich durch seinen freien

[1]) L. 4. D. de just, et jure. — L. 4. §. 1. D. de statu hominum.

Entschluß bestimmen lassen darf, und daß, wenn die sittlichen Urtheile der Menschen auseinandergehen, kein Anderer ihn zwingen darf, gegen seine Ueberzeugung zu handeln. — Im Staate muß die absolute Freiheit der Einzelnen allerdings Beschränkungen erleiden; daraus ergiebt sich denn von selbst, im Gegensatze zu der außer dem Staate existirenden natürlichen Freiheit, der Begriff der gesetzlichen Freiheit, und diese Freiheit besteht in der Berechtigung subjectiv willkürlicher Selbstbestimmung innerhalb der vom Gesetze gezogenen Schranken [2]. —

Geht man dagegen von der Voraussetzung eines höhern über dem Willen der Menschen stehenden Sittengesetzes aus, so kann von einer Freiheit im obigen Sinne von vorn herein keine Rede sein. Die Menschen sind von vorn herein verpflichtet, die Vorschriften des Sittengesetzes zu erfüllen; sie haben also, wenn auch die factische Möglichkeit, doch nicht das Recht dawider zu handeln, und die Freiheit des Menschen besteht eben in der Berechtigung sittlicher Selbstbestimmung, d. h. dem Rechte des Menschen, sein Leben den Vorschriften des Sittengesetzes gemäß zu gestalten. Wer diese Berechtigung nicht hat, wem durch äußere Verhältnisse die Möglichkeit entzogen wird, dem Sittengesetze gemäß zu leben, der ist ohne Zweifel unfrei. Wer sie dagegen hat, der hat auch das Maaß der Freiheit, welches der Mensch überhaupt haben kann. Ein größeres Maaß, eine Freiheit, die auch zu unsittlichem Handeln berechtigte, existirt für den sittlichen Men-

---

[2]) L. 3. pr. D. de statu hominum: Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibetur.

schen nicht, und wenn der Staat sie ihm auch gewähren wollte, so würde ihm sein Gewissen doch verbieten, davon Gebrauch zu machen. Daher existirt denn auch für diesen Freiheitsbegriff der Unterschied zwischen natürlicher und gesetzlicher Freiheit nicht. Der Mensch ist außerhalb des Staates nicht freier als im Staate; im Gegentheil, der Boden, auf dem diese Freiheit wächst und gedeiht, ist nicht der Zustand außer dem Staate, wo der Einzelne die sittliche Ordnung leichter ungestraft durchbrechen kann, sondern der sittlich geordnete Staat, in dem Recht und Gerechtigkeit geschützt und dem Individuum wie dem Volke die Möglichkeit gegeben wird, seine höhere Bestimmung zu erfüllen.

Dies ist der germanische Begriff der Freiheit, und von ihm aus lassen sich die Bestimmungen des ältern, wie des spätern Rechts mit Leichtigkeit erklären. — Jedes kriegerische Volk wird ein kriegerisches Leben für den edelsten Beruf des Mannes, ja, so lange sein Leben noch keinen reichern Inhalt gewonnen hat, für den allein eines Mannes würdigen Beruf halten, und daher identificirt sich bei einem solchen Volke nicht selten die Freiheit mit dem Recht, Waffen zu tragen. Bei den Germanen ist dieser Gedanke noch potenzirt durch die bereits erwähnte Vorstellung, daß Jeder die Pflicht hat, die höhere sittliche Ordnung an seinem Theile realisiren zu helfen, und daß es der Beruf des stärkern Mannes ist, die höhere Rechtsordnung mit seinem Schwerte zu schützen. Von dieser Vorstellung aus kommt das ältere germanische Recht ganz von selbst zu folgendem Resultate: wer durch seine Geburt von jenem Berufe ausgeschlossen ist, der ist unfrei; wer von freier Geburt ist, aber dessen ungeachtet nicht zur Ausübung dieses Berufes zugelassen wird, ist unvollkommen frei, und nur derjenige,

der diesen Beruf ausüben darf, — wer also das Recht der Fehde und des gerichtlichen Zweikampfes hat, und als Mitglied einer Gemeinde als zu allem diesem und folglich auch zu den Functionen eines Schöffen, Fürsprechers ꝛc. berechtigt anerkannt ist, — nur der ist vollkommen frei. Ob er daneben frei über sich und seine Handlungen verfügen kann, oder als Dienstmann den Befehlen eines Herrn unterworfen ist und diesem Hulde gethan hat, das hat auf seine Freiheit keinen Einfluß; der Eintritt in ein Dienstverhältniß schmälert die Freiheit des Mannes nicht, sofern das Dienstverhältniß ihn nicht zu Leistungen verpflichtet, die eines freien Mannes unwürdig sind. Diese Thatsache, so wie die spätere Verschmelzung der Ministerialen mit den Gemeinfreien zeigt zur Genüge, daß nach germanischer Ansicht nicht das Maaß der Berechtigung subjectiv willkürlicher Selbstbestimmung, welche dem Vasallen und dem Ministerialen in geringerem Maaße zustand, als dem Manne, der in kein Dienstverhältniß getreten war, sondern die Beschaffenheit des Lebensberufes, je nachdem dieser in der Volksansicht als ein höherer oder niedrigerer angesehen wurde, über Freiheit oder Unfreiheit entschied.

Daraus folgt denn auch weiter, daß, als die allgemeine Ansicht über andere Lebensberufe sich änderte, auch der Freiheitsbegriff eine Aenderung erleiden mußte, daß also nicht nur diejenigen, welche ein rittermäßiges Leben führten, sondern auch diejenigen, welche ein ehrenhaftes bürgerliches Gewerbe trieben, für frei geachtet werden mußten, und daß allmälig mit der Einsicht, daß kein ehrlicher Beruf den Menschen schändet, der Begriff der Freiheit auf alle Volksklassen ausgedehnt werden mußte. Daraus aber folgt auch zugleich, daß, so lange ein bestimmter Beruf als der vergleichsweise höhere und ehrenvollere betrachtet

wurde, auch verschiedene Grade und Arten der Freiheit anerkannt werden mußten, und daß, so lange die Vorstellung mächtig blieb, daß der eigentliche Beruf des Mannes der Schutz der höhern Rechtsordnung sei, auch die Schöffenbarkeit ein nothwendiges Requisit der höhern Freiheit blieb, und unter den Freien die schöffenbar freien Leute eine besondere Stufe einnahmen. Hierdurch erhielt der Begriff der Freiheit ebenso wie der Begriff der Rechtsfähigkeit nothwendig eine relative Bedeutung, und wie von Semperfreien von adeliger Freiheit und städtischer Freiheit im Gegensatze zu der Freiheit anderer Personen gesprochen wurde, so erhielt das Wort Freiheit im Sprachgebrauche des Mittelalters auch die Bedeutung der besondern Berechtigung, und wird als synonim mit Privilegium gebraucht.

§. 16.
Verschiedenheit der Folgerungen aus dem Freiheitsbegriffe.

Am klarsten und sichersten wird die eigentliche Natur des Freiheitsbegriffes eines Volkes immer aus der ganzen Lebensgestaltung desselben und insbesondere aus dem Rechte erkannt, weil jedes Volk, welches zu einer selbstständigen Entwickelung seines geistigen Lebens gelangt, dies nothwendiger Weise auch seinem Freiheitsbegriffe gemäß gestaltet, und die in diesem liegenden Consequenzen in jener Gestaltung realisirt. Eine Vergleichung der Folgerungen aber, welche sich aus dem römischen und aus dem germanischen Freiheitsbegriffe ergeben, führt uns zu folgenden Resultaten:

1) Aus dem römischen Freiheitsbegriffe folgt — um dies hier des Zusammenhanges wegen noch einmal zu wiederholen —

zunächst, daß der Staat grade die Aufgabe hat, die Berechtigung subjectiv willkürlicher Selbstbestimmung der Einzelnen zu realisiren, und daß er diese Berechtigung daher nur so weit beschränken darf, als die Natur des Zusammenlebens dies unerläßlich macht. Freilich hat der Staat ein großes Interesse daran, daß die Einzelnen diese ihre Freiheit nicht mißbrauchen, und dieses Interesse zwingt die Römer, wie bereits erwähnt, in mannigfacher Weise, von der strengen Durchführung jenes Princips abzuweichen. Principiell aber muß jede subjective sittliche Ueberzeugung respectirt und Jedem das Recht eingeräumt werden, nach seiner subjectiven Ueberzeugung zu handeln, so lange er dabei nicht in die Rechtssphäre anderer Personen eingreift.

Aus dem germanischen Freiheitsbegriffe dagegen folgt, daß die Aufgabe des Staates die Realisirung der sittlichen, d. h. objectiv sittlicher Selbstbestimmung der Einzelnen ist, daß daher die Einzelrechte von vorn herein nach sittlichen Principien begrenzt werden müssen, und der subjectiven Ueberzeugung der Einzelnen nur so weit Raum gelassen werden darf, als die Vorschriften des Sittengesetzes verschiedener Auffassung fähig sind. Dadurch, daß offenbar unsittliche Handlungen durch das Recht verboten und verhindert werden, erleidet die Freiheit nach germanischem Begriffe keine Beschränkung; vielmehr würde eine solche erst dann eintreten, wenn, wie nach griechischem Princip, der Staat auch in den zweifelhaften Fällen durch Ermittelung und Feststellung der sittlichen Normen das individuelle Ermessen ausschließen wollte.

2) Aus dem römischen Freiheitsbegriffe folgt ferner die Nothwendigkeit republikanischer Verfassung und der Theilnahme des Einzelnen an der Staatsgewalt.

Durch die Schranken, welche der Wille des Menschen sich selbst setzt, wird seine Freiheit nicht aufgehoben; dies geschieht nur durch seine Unterwerfung unter einen fremden Willen. Daher sind gesetzliche Beschränkungen der natürlichen Freiheit mit dem römischen Freiheitsbegriffe an und für sich nicht unverträglich; sie müssen aber aus dem Willen der Einzelnen selbst hervorgegangen sein, oder doch als aus demselben hervorgegangen gedacht werden können, und dies ist nur dann der Fall, wenn das Recht der Gesetzgebung der Gesammtheit der einzelnen Staatsbürger zusteht, und von dieser Gesammtheit auch wirklich ausgeübt wird. Dies ist auch um so nothwendiger, weil darin die einzig mögliche Garantie für den Einzelnen liegt, daß der Staat seine Omnipotenz nicht zu seiner Unterdrückung mißbrauche. Dieses Princip ist bereits in der Servianischen Verfassung anerkannt, und wird theoretisch wenigstens auch unter den Kaisern festgehalten. Die Unterordnung des Einzelnen unter einen fremden gesetzgeberischen Willen ist dagegen mit der Freiheit unverträglich, und daher sind nach römischer Ansicht Königthum und Freiheit entschiedene Gegensätze, weil die Römer eben ein sittlich beschränktes Herrschaftsverhältniß nicht zu construiren vermögen [1]), und die königliche Macht von ihnen nothwendig

---

[1]) Diese schon an einem andern Orte besprochene Unfähigkeit der Römer, ein sittlich beschränktes Subjectionsverhältniß zu construiren, ist eben die nothwendige Consequenz ihres Freiheitsbegriffes. Ein sittlich beschränktes Herrschaftsverhältniß ist nämlich nur möglich, wenn man von der Voraussetzung eines höhern objectiven und objectiv erkennbaren Sittengesetzes ausgeht. Denn darin liegt eben die höhere, Herrscher und Beherrschte in gleicher Weise verbindende Norm, nach der in Zweifelsfällen der Umfang der Herrschaft beurtheilt wird. Läugnet man die Existenz eines objectiven und mit objectiver Gewißheit erkennbaren Sittengesetzes, so entsteht bei jedem Herrschaftsverhältnisse die Frage, wer in Zweifelsfällen über den Umfang der Herrschaft entscheiden soll. Jede Entscheidung darüber beruht schließlich

als eine absolute gedacht werden muß, wie denn auch z. B. Pomponius in seiner Geschichte des römischen Rechts den Zustand unter den ersten Königen sich als einen solchen denkt, in welchem omnia a regibus manu gubernabantur. Vollständig freilich gilt dies nur von der Erbmonarchie; denn ein gewählter König herrscht eigentlich nur wie ein republikanischer Magistrat durch den Willen des Volkes, nur daß der Umfang und die Dauer seiner Rechte größer sind, und daher kann die besondere Lage des Staates ein Volk möglicher Weise bestimmen, sich der Herrschaft eines gewählten Königs oder Imperators zu unterwerfen. Bei der großen Bedeutung des praktischen Unterschiedes zwischen einem Könige oder Imperator und einem Magistrate von kurzer Amtsdauer ist aber auch ein solches Königthum mit der wirklichen Freiheit des Volkes nicht wohl vereinbar, und kann daher nur als eine durch besondere historische Umstände gerechtfertigte Anomalie angesehen werden.

Der germanische Freiheitsbegriff dagegen schließt zwar die Republik nicht aus, weil unter Umständen der höhere sittliche Zweck des Staates auch in ihr erreicht werden kann. Er führt aber, wie dies in der Darstellung des Staatsrechts näher zu begründen sein wird, principiell zur Monarchie, als der besten Verfassungsform, weil der höhere sittliche Zweck des Staates vor Allem eine feste, energische und von der augenblicklichen Laune der Massen unabhängige Staatsgewalt fordert.

---

auf der subjectiven Auffassung des Urtheilenden. Daher kann das Urtheil eines Dritten für die Betheiligten nicht maaßgebend sein. Der Beherrschte kann ebenso wenig entscheiden, weil damit, daß der Inhalt des Rechts in seine subjective Auffassung gelegt wird, jede Unterordnung von selbst aufhört, während umgekehrt, wenn naturgemäß die Entscheidung in die subjective Auffassung des Herrschenden gelegt wird, die Herrschaft von selbst zu einer absoluten wird.

Der germanische Freiheitsbegriff aber postulirt daneben zugleich Garantien gegen den Mißbrauch der Staatsgewalt, und zwar festere Garantien, als das allgemeine Stimmrecht bietet, bei dem die Existenz des Einzelnen factisch doch von dem subjectiven Dafürhalten der Majorität abhängig ist. Er fordert Garantien, daß Gesetzgebung, Regierung und Rechtspflege dem höhern sittlichen Zwecke des Staates gemäß gehandhabt, überall „das Recht gestärkt und das Unrecht gekränkt" werde, und perhorrescirt das allgemeine Stimmrecht, weil damit die Entscheidung in die Hände derjenigen, welche weder die intellectuelle noch die sittliche Fähigkeit zu solcher Entscheidung haben, gelegt und dadurch der höhere sittliche Zweck des Staates gefährdet wird.

3) Aus dem römischen Freiheitsbegriff folgt endlich die Nothwendigkeit abstracter Gleichheit des Rechts für alle Einzelnen. Die Berechtigung subjectiv willkürlicher Selbstbestimmung ist für jeden Einzelnen gleich, und wenn das Recht diese Berechtigung realisiren soll, so muß es auch für alle Mitglieder des Staates gleich sein, wie dies das römische Privatrecht ist. Dies gilt nicht blos für das Privatrecht, sondern auch für das öffentliche Recht, und wenn letzteres in der ersten Periode der römischen Geschichte jenem Principe nicht entsprach, so ist dies, wie bereits erwähnt, eine Anomalie, und das stete Ringen des Volkes auf die Realisirung jenes Princips gerichtet gewesen. Alle inneren Kämpfe in Rom hatten nur dies eine Ziel, und die ganze innere Geschichte der Römer ist nichts als eine Entwickelung ihres Freiheitsbegriffs in seinen verschiedenen Consequenzen. Als dies Ziel erreicht war, war die Aufgabe der Römer zu Ende und ihre Kraft erschöpft, und sie suchten in der vollendetsten Despotie nur noch die

nöthige Ruhe, um die Resultate ihres Lebens wissenschaftlich zu verarbeiten.

Der germanische Freiheitsbegriff dagegen fordert zwar auch, daß das Recht jedem die Möglichkeit gewähre, seine sittlichen Lebenszwecke zu erfüllen; er fordert aber auch grade deshalb und weil die Lebensaufgaben für die verschiedenen Lebensberufe verschieden sind, für jeden Lebensberuf das seiner Lebensaufgabe entsprechende besondere Recht. Die Rechtsgleichheit nach germanischem Begriffe besteht nicht darin, daß für alle dasselbe Recht gilt, sondern darin, daß jeder bei seinem Stand und Wesen geschützt wird; nicht darin, daß jeder das thun darf, wozu ein anderer berechtigt ist, sondern darin, daß jeder das thun darf, was das Sittengesetz grade als besondere Pflicht ihm zu thun auflegt.

Viertes Capitel.

Die Ehre.

---

§. 17.

Die Ehre und ihr Verhältniß zum Rechte.

Der Begriff der Ehre, d. h. der in der äußern Achtung eines Menschen sich aussprechenden Anerkennung seines Werthes, und seine Bedeutung für das Leben werden wesentlich bestimmt durch die Ansprüche, welche die Menschen an den Einzelnen in Bezug auf sein sittliches Verhalten machen und zu machen berechtigt sind, und diese Ansprüche hängen wiederum ganz

davon ab, ob das Denken des Menschen von dem Begriffe des Subjects oder von der Voraussetzung eines allgemein gültigen Sittengesetzes ausgeht.

1. Geht man, wie die Römer, von dem Begriffe des Subjects aus und gesteht man demzufolge jedem Einzelnen das unbeschränkte Recht zu, das Sittengesetz nach seinem subjectiven Ermessen auszulegen und zu behandeln; erklärt man mit anderen Worten die Erfüllung des Sittengesetzes für eine Sache, welche der Einzelne lediglich mit Gott und seinem Gewissen abzumachen hat, so fehlt dem Menschen natürlich von vorn herein jede Berechtigung, an den Einzelnen bestimmte Ansprüche in Bezug auf sein sittliches Verhalten zu machen. Auch ist das Erheben solcher Ansprüche eigentlich gar nicht möglich. Von der Forderung nämlich, daß die Handlungen des Einzelnen mit den Vorschriften des Sittengesetzes wirklich harmoniren, muß natürlich von vorn herein abstrahirt werden; man könnte höchstens von ihm verlangen, daß seine Handlungen mit seiner subjectiven Auffassung und Auslegung des Sittengesetzes übereinstimmen, und diese Forderung entzieht sich von vorn herein jeder objectiven Behandlung. Denn jeder Dritte kann eine in Frage stehende Handlung immer nur von seinem subjectiven Standpunkte aus beurtheilen; er kann nur aussprechen, daß dieselbe nach seiner subjectiven Ansicht sittlich verwerflich oder lobenswerth sei. Allein er ist nicht berechtigt, seinem Urtheile den Charakter objectiver Wahrheit zu vindiciren, und muß insbesondere zugestehen, daß von dem Standpunkte des Handelnden aus und nach dessen subjectiver Auffassung der Verhältnisse, worauf es hierbei allein ankommt, das Urtheil möglicher Weise anders ausfallen kann. — Daraus folgt für die Ehre zweierlei:

Einer Seits steht ohne Zweifel jedem frei, die Handlungen anderer Personen nach dem Maaße seiner subjectiven sittlichen Ueberzeugung zu messen, und nach dem Resultate dieser Prüfung sein persönliches Verhalten zu ihnen einzurichten, ihnen zu vertrauen oder zu mißtrauen, Verbindungen mit ihnen zu suchen oder zu vermeiden u. s. w. Daß dieses Moment bei jedem Volke, dessen sittliches Bewußtsein nicht ganz erstorben ist, und zumal in einer Republik, in welcher alle öffentlichen Aemter durch Volkswahl besetzt werden, für das ganze Leben factisch von der größten Bedeutung sein wird, und bei den Römern auch wirklich gewesen ist, unterliegt natürlich gar keinem Zweifel, denn es wird dadurch nicht nur jeder, dem es um eine öffentliche Wirksamkeit zu thun, sondern auch jeder, dem aus irgend einem andern Grunde an dem Vertrauen und an der Achtung anderer gelegen ist und gelegen sein muß, — und in dieser Lage befinden sich mit wenigen Ausnahmen alle Menschen, — factisch gezwungen, die Meinungen und Urtheile derselben zu respectiren, und Handlungen zu unterlassen, welche nach ihrer Ansicht sittlich verwerflich sind, und daher voraussichtlich eine Aufkündigung aller persönlichen Beziehungen zu ihm zur Folge haben würden. Allein es ist von selbst klar, daß dieses Moment, so groß seine Bedeutung für das Leben auch ist, doch seiner ganzen Natur nach dem Gebiete subjectiven Ermessens und Handelns angehört, und einer objectiven Behandlung und Regelung sich von vorn herein entzieht. Wie es ganz dem subjectiven Ermessen des Urtheilenden überlassen bleibt, sein persönliches Verhalten zu einem andern durch sein subjectives Urtheil über dessen sittlichen Werth bestimmen zu lassen, und wie er niemandem über die Richtigkeit seines Urtheils und über die Folgerichtigkeit seines dadurch bestimmten

Handelns Rechenschaft zu geben verpflichtet ist, so muß es nothwendiger Weise auch ganz dem subjectiven Ermessen des Beurtheilten überlassen bleiben, wie viel oder wie wenig Gewicht er auf jenes Urtheil legen, ob er sich dasselbe zu Herzen nehmen und durch dasselbe sein Verhalten bestimmen lassen will, oder ob er innerlich und äußerlich im Stande ist, sich über dasselbe hinwegzusetzen, und die damit eventuell verbundenen factischen Nachtheile zu ertragen. Die auf der Anerkennung seines sittlichen Werthes beruhende Ehre des Menschen hat folglich eben so wie die Sittlichkeit selbst mit dem Rechte nichts gemein; sie beruht grade auf der freien, ihrer Natur nach nicht erzwingbaren Anerkennung jenes sittlichen Werthes, und kann und soll daher auch durch das Recht nicht regulirt werden. Sie ist ohne Zweifel ein hohes Gut, und jeder sittliche Mensch wird sie dafür halten. Dadurch und durch die mit ihrem Verluste verbundenen factischen Nachtheile kann und soll sie auch das sittliche Verhalten der Einzelnen regeln; sie ist grade der Haupthebel, mittelst dessen die Grundsätze der Moral sich Anerkennung verschaffen, und die ganze subjectivistische Staatslehre beruht grade auf der Voraussetzung, daß sie stark genug ist, jene Aufgabe auch ohne den Zwang des Staates, wodurch die Sittlichkeit den Charakter der Freiheit verlieren würde, zu lösen.

Anderer Seits versteht sich von selbst, daß die Befugniß des Einzelnen, sein persönliches Verhalten gegen andere durch sein subjectives Urtheil über ihren sittlichen Werth bestimmen zu lassen, nur so weit geht, als überhaupt die Berechtigung subjectiv willkürlichen Handelns reicht. Sie ist folglich im Staate eine beschränkte, indem die Verachtung, die jemand gegen einen andern hegt, ihn niemals berechtigen kann, in die Rechtssphäre

desselben willkürlich einzugreifen. Wie er auch über den sittlichen Werth des andern denken möge, seine Qualität als Person und Rechtssubject muß er jedenfalls respectiren und diejenige Achtung, welche jeder schon vermöge seiner Persönlichkeit anzusprechen befugt ist, darf er ihm deshalb nicht verweigern. Daher giebt es allerdings eine Achtung, existimatio, welche nicht dem Gebiete subjectiven Ermessens angehört, sondern Gegenstand rechtlicher Forderung ist. Diese existimatio aber hat mit dem sittlichen Werthe des Menschen nichts zu thun; sie ist nur der natürliche Ausfluß der Persönlichkeit und ein selbstverständliches Attribut jedes Rechtssubjects. Als solches ist sie mit dem Begriffe der Person so unzertrennlich verbunden, daß eine Person ohne existimatio gar nicht gedacht werden kann, und ein Verlust derselben nur dadurch möglich ist, daß zugleich wie bei der magna capitis deminutio die Persönlichkeit selbst vernichtet wird [1]).

Wie nun diese existimatio ihrem Begriffe und Wesen nach von dem sittlichen oder unsittlichen Verhalten des Menschen unabhängig ist, so soll nach römischem Princip auch der Staat beides auseinander halten. Die consequente Durchführung dieses Princips ist aber auch hier wieder unmöglich. Es giebt Handlungen, deren Unsittlichkeit so evident ist, daß eine Rechtfertigung derselben vom subjectiven Standpunkte des Handelnden aus nicht wohl als möglich gedacht werden kann, und daß troß aller Reflexion derjenige, der sie verübt, dadurch als ein des öffentlichen Vertrauens unwürdiger Mensch sich darstellt. Kann man das Princip, daß dies auf die bürgerliche Stellung desselben keinen Einfluß habe, nun auch auf dem Gebiete des Privatrechts durchführen, so heißt es doch die Existenz und

---

[1]) L. 5. §. 3. D. de extraord. cognit.

den Zweck des Staates gradezu aufs Spiel setzen, wenn man einem solchen das Stimmrecht und die Fähigkeit zu öffentlichen Aemtern lassen wollte. Daher kommen die Römer denn auch zu ihrer Lehre von der Infamie; sie beschränken deren Wirkungen aber eben auf das Gebiet des Staatsrechts, und die Stellung der Infamie zu dem übrigen Rechtssystem ist eine ähnliche, wie die des censorischen Strafrechts [2]). Das Verhältniß der Ehre zum Rechte wird durch die Lehre von der Infamie, welche überdies mit dem Untergange der republikanischen Verfassung fast alle Bedeutung verloren hat, im Uebrigen nicht verändert, und daher ist im Corpus juris auch von der Ehre eigentlich so gut wie gar keine Rede.

II. Geht man dagegen von der Voraussetzung eines allgemein gültigen, objectiv gewissen Sittengesetzes aus, so ist eines Theils gewiß, daß jeder verpflichtet ist, die Vorschriften desselben zu erfüllen, und andern Theils ist mit dem Sittengesetze selbst auch ein objectiver Maaßstab für die Beurtheilung der Handlungen und folglich des sittlichen Werthes des Handelnden gegeben. Damit wird diese Beurtheilung von selbst der rein subjectiven Behandlung entzogen; die Menschen sind vielmehr eben so berechtigt als verpflichtet, den sittlichen Werth des Einzelnen nach jenem objectiven Maaßstabe zu messen. Sie sind dazu berechtigt, weil Menschen, welche sich zur Er-

---

[2]) Wenn es in L. 5. §. 1. D. extraord. cognit. heißt: „Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur", so deutet die wiederholte Bezugnahme auf die Gesetze, namentlich das „auctoritate legum" darauf hin, daß die Verminderung der existimatio von den römischen Juristen nicht als eine selbstverständliche und natürliche Folge der Delicte, sondern eben als eine auf bestimmter positiver Vorschrift beruhende Folge betrachtet wird.

reichung sittlicher Zwecke mit einander verbinden, nothwendig berechtigt sein müssen, den sittlichen Standpunkt und Werth des Einzelnen, der sich mit ihnen verbinden will, so wie die Frage, ob danach von ihm eine Förderung oder Vereitelung des Verbindungszweckes zu erwarten ist, zu prüfen. Sie sind aber auch dazu verpflichtet, weil, wenn der sittliche Werth des Menschen irgendwie in Betracht kommt, derjenige, der sich durch sein Verhalten als ein sittlicher Mensch ausweist, auch einen sittlichen Anspruch darauf hat, diese seine sittliche Integrität anerkannt zu sehen, und derselben gemäß behandelt zu werden. — „Jedem sein Recht und jedem seine Ehre."

Hiernach stellt sich die Sache, vom germanischen Standpunkte aus betrachtet, folgendermaaßen. Der Mensch soll überall seinen persönlichen Vortheil und seine subjectiven Neigungen und Wünsche den Forderungen der Sittlichkeit unterordnen, in allen Dingen nicht das ihm persönlich Angenehme und Vortheilhafte, sondern das Rechte und Gute suchen. Die Pflicht soll ihm höher stehen als sein Vortheil, und er soll, wo sie es gebietet, nicht nur Geld und Gut, sondern auch Leib und Leben dafür zu opfern bereit sein. In dieser Bereitwilligkeit, in der rückhaltlosen Hingebung des Menschen an die einmal erkannte oder übernommene Pflicht, in der Treue, die er bei ihrer Erfüllung beweist, besteht daher der sittliche Werth desselben, und auf ihr beruht daher seine Ehre. — Wie demnach die Rechtsbücher des Mittelalters Ehre und Treue immer als zwei nahe verwandte Begriffe zusammenstellen und nach der Glosse zum Sachsenspiegel die Ehre aus der Treue stammt[3], so besteht auch die Voraussetzung der Ehre nach

[3]) Glosse zum Sachsenspiegel III, 78: „Weil aber fast alle Ehre von der Treue und Glauben herkommt, darum sagt er hier am

germanischem Begriffe grade in der Gleichgültigkeit und Nichtachtung gegen alle irdischen Güter im Gegensatze zu den Geboten der Pflicht. Daher gilt z. B. Feigheit für entehrend, weil dem Feigen sein Leben mehr werth ist als seine Pflicht, und das Duell, bei dem der Mensch zur Rettung seiner angegriffenen Ehre sein Leben auf's Spiel setzt, für das einfachste und geeignetste Mittel, die in Zweifel gestellte Ehrenhaftigkeit des Mannes zu beweisen. Daher wird ferner das Verschaffen sittlich unerlaubten Vermögensvortheils als etwas „Unehrliches" bezeichnet, von einem Ehrenmanne eine anständige Freigebigkeit gefordert rc. — Weil nun die Ehre aus der treuen Erfüllung der dem Menschen obliegenden Pflichten entspringt, so erhält sie natürlich auch ihren besondern Inhalt und ihre nähere Bestimmung aus der Natur der besonderen Pflichten, welche dem Einzelnen vermöge seiner Stellung und Lebensaufgabe obliegen, und mit der Gliederung des Volkes in verschiedene Berufsstände

ersten von der Treue, und dieselbige leistet man um dreierlei Ursachen willen. Zum ersten wegen empfangener Wohlthaten und geschworenen Eides. Diese soll der Mann dem Herrn pflegen und der Herr dem Manne. — — — Die andere Treue kommt von der Natur oder von der Blutsfreundschaft, welche auch darum die natürliche Treue heißt, weil sie von dem natürlichen Rechte herfließet. — — Die dritte Treue kommt aus dem, das an ihm selbst recht und nützlich ist, als daß wir dem Rechte und den Gerichten Treue erweisen sollen. Denn es mag nichts nützeres sein, denn die allerheiligsten Rechte treulich halten und wider alles Böse verfechten" rc. — Diese dritte Treue zeigt deutlich, wie allgemein der Begriff der Treue, aus der die Ehre stammt, im Mittelalter gefaßt wird, und welches Gewicht dabei grade auf diese Treue gelegt wird, ergiebt sich am besten, wenn man mit dieser Darstellung der Glosse den Inhalt des Artikels selbst vergleicht, in welchem grade auseinandergesetzt wird, daß die Verpflichtung des Mannes, das Recht zu vertheidigen, als die höhere Pflicht, allen anderen Pflichten, namentlich denen gegen die Blutsverwandten und gegen seinen Herrn, vorgeht.

nimmt daher der Begriff der Ehre naturgemäß auch den Charakter der Standesehre und Amtsehre an, indem die Forderungen der Ehre sich z. B. für den Officier, Grundbesitzer, Richter, Geistlichen, Beamten, Kaufmann, Gewerbetreibenden, Bauern rc. ganz verschieden stellen, und von dem einen diese, von dem andern jene sittliche Eigenschaft besonders gefordert wird.

Als Product des sittlichen Verhaltens eines Menschen ist die Ehre denn natürlich auch ein selbstständiges, neben der Freiheit bestehendes Gut, welches auch ohne den Verlust der Freiheit verwirkt werden kann, und ein höheres Gut, als diese. Denn die Freiheit und alle anderen Lebensgüter sind dem Menschen nur gegeben, damit er den sittlichen Zweck derselben erfülle; sie sind ihm gegeben und können ihm wieder genommen werden. Allein, was er damit anfängt, seine persönliche Bethätigung an diesen Gütern, das ist sein eigen, was ihm nicht gegeben ist und ihm nicht genommen werden kann, und was zugleich ausschließlich seinen wahren Werth bestimmt. Daher ist denn auch nach germanischer Ansicht die Ehre das höchste und allein unveräußerliche Gut des Menschen, das er vor allem zu bewahren suchen und für dessen Erhaltung er in jeder Lage und in jedem Momente Leben, Freiheit und alle anderen Lebensgüter hinzugeben bereit sein muß [4]). Deshalb beginnt

[4]) Bezeichnend für den Gegensatz der germanischen und römischen Anschauungsweise ist auch eine Aeußerung des Tacitus — Germania cap. 24. — wo er über die Leidenschaft der Germanen für das Spiel spricht. Er wundert sich — vom römischen Standpunkte aus das Spiel als etwas Unvernünftiges verwerfend — über diese Leidenschaft, welche bei den Germanen ihren Grund doch eben nicht in Gewinnsucht, sondern in der Gleichgültigkeit gegen Geld und Gut und in der Lust zum Wagen ihren Grund hat. Noch größer aber ist seine Verwunderung, und dies ist eben charakteristisch, daß ein Germane, der seine Freiheit verspielt hat, sich wirklich freiwillig in die Knechtschaft begiebt. Daß die Ehre fordern könne, die Freiheit hin-

die so eben erwähnte Stelle der Glosse zum Sachsenspiegel ihre Darstellung auch mit den Worten: „Gut ohne Ehre ist für kein Gut zu achten, und Leib ohne Ehre pflegt man in Rechten für todt zu halten." —

Wenn nun durch Staat und Recht sittliche Zwecke realisirt werden sollen, so liegt es in der Natur der Sache, daß das sittliche Verhalten des Einzelnen auch für seine rechtliche Stellung entscheidend sein muß, und der Einfluß, den der Verlust der Ehre auf die Rechtsfähigkeit des Menschen ausübt, wird daher im germanischen Rechte einfach durch folgende zwei Principien bestimmt. Eines Theils sind, wie bereits gesagt, Menschen, welche sich zur Erreichung eines sittlichen Zweckes mit einander verbinden, ohne Zweifel berechtigt, das sittliche Verhalten des Einzelnen, der sich mit ihnen verbinden will, so wie die Frage, ob darnach von ihm eine Förderung oder Vereitelung des Verbindungszweckes zu erwarten ist, zu prüfen. Daraus folgt, weil von Ehrlosen eine Förderung sittlicher Verbindungszwecke nicht zu erwarten ist, daß Verlust der Ehre genossenschaftsunfähig macht, und folglich auch den Verlust derjenigen Rechte nach sich zieht, welche die Aufnahme in eine bestimmte Genossenschaft zur Voraussetzung haben, — ein Grundsatz, der bei den gewerblichen Genossenschaften, den Zünften und Gilden, mit derselben Strenge durchgeführt wird, wie bei der Gemeindegenossenschaft und dem Lehensverbande. Andern Theils folgt aus dem Begriffe des Rechts, als eines Amtes, welches dem Menschen um eines höhern sittlichen Zweckes willen verliehen ist, daß, weil von einem Ehrlosen nicht vor-

---

zugeben, ist ihm unverständlich, und er setzt bezeichnend hinzu: „ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant." —

ausgesetzt werden kann, er werde die ihm verliehenen Rechte ihrem höhern sittlichen Zwecke gemäß gebrauchen, der Verlust der Ehre rechtsunfähig macht. Dies ist, wie bereits erwähnt, natürlich nicht so zu verstehen, als ob der Infamirte rechtlos im römischen Sinne würde, und man ihm z. B. das Essen vor dem Munde wegnehmen dürfte, sondern nur dahin, daß er zu denjenigen Rechten unfähig wird, bei denen der Charakter des Amts mehr hervortritt und an deren rechtem Gebrauche Staat und Gemeinde ein höheres Interesse haben [5]), und es ist gleichfalls bereits erwähnt, welche Rechte zu diesen hauptsächlich gezählt werden [6]).

§. 18.
Behandlung der Ehrverletzung.

Wenn, vom römischen Standpunkte aus betrachtet, der Mensch keinen rechtsbegründeten Anspruch darauf hat, daß sein sittlicher Werth anerkannt, sondern nur begehren kann, daß seine

---

[5]) „Gute, biedere Leute" und Leute, die „vollkommen an ihrem Rechte" sind, sind in den Rechtsbüchern des Mittelalters identische Begriffe.

[6]) Wenn übrigens die Rechtsbücher des Mittelalters zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit einen Unterschied machen, so scheint dieser Unterschied nur darauf zu beruhen, daß die Rechtlosigkeit die Infamie des ältern, die Ehrlosigkeit die Infamie des spätern Rechtes ist. Es gab Gründe, welche ehrlos, und daher lehens- und genossenschaftsunfähig machten, aber keine Rechtlosigkeit zur Folge hatten, weil sie zu der Zeit, in welche die Ausbildung dieses Instituts fällt, unbekannt oder nicht als infamirend allgemein anerkannt waren. Die Wirkung der Rechtlosigkeit äußert sich daher auch in dem Verlust derjenigen Befugniß, welche das ältere Recht als den allein wahren Beruf des freien Mannes betrachtete, und der hiermit verknüpften Rechte; die Wirkung der Ehrlosigkeit dagegen in der Unfähigkeit zu den Berufsthätigkeiten, welche einer spätern Zeit angehören.

Persönlichkeit mit den aus ihr hervorfließenden Rechten respectirt werde, so kann natürlich von einer Ehrverletzung als einem besondern Delict nicht die Rede sein, sondern immer nur von Verletzung des Respects, welcher der Persönlichkeit als solcher gebührt. Freilich involviren diejenigen Handlungen, durch welche jemand die Ehre eines andern kränkt, zugleich eine Verletzung seiner Persönlichkeit und des dieser gebührenden Respects, und daher fallen alle Ehrenkränkungen natürlich auch unter den Begriff der Injurie. Der Begriff der Injurie geht aber weiter; er umfaßt auch diejenigen Kränkungen der Persönlichkeit, welche zu der Ehre des Verletzten in gar keiner Beziehung stehen, und injuria ist eben dem Wortsinne und dem Begriffe nach nichts Anderes, als ein der Person zugefügtes Unrecht.

Dieser Auffassung entspricht es denn auch durchaus, wenn das römische Recht sich darauf beschränkt, dem Beleidigten wegen der ihm zugefügten Injurie eine Klage auf ein bestimmtes Geldquantum zu geben, und es der Willkür des Beleidigten überläßt, ob er diese Klage anstellen oder die Sache auf sich beruhen lassen will. Daß dem Beleidigten eine Genugthuung zu Theil werden muß, ist freilich klar; die Forderung der Genugthuung wird aber eine andere, je nachdem die Injurie principiell als Ehrenkränkung oder als Kränkung der Persönlichkeit aufgefaßt wird. Im ersten Falle kann eine wirkliche Genugthuung für den an seiner Ehre Gekränkten nur in einem Acte bestehen, durch den der Angriff auf seine Ehre als ein unberechtigter Frevel und der sittliche Anspruch des Beleidigten auf die ihm gebührende Ehre außer Zweifel gestellt wird, und es ist zugleich eine Ehrenpflicht des Verletzten, einen solchen Act herbeizuführen, weil ein ruhiges Hinnehmen der Ehrenkränkung eine Gleichgültigkeit in Betreff des Ehrenpunktes zeigt, welche

mit der Ehre unverträglich ist. Die Erkennung einer Geldbuße für erlittene Beleidigungen ist von diesem Gesichtspunkte aus unter Umständen freilich zu rechtfertigen, weil in ihrer Erkennung eben schon der Ausspruch liegt, daß die dem Beleidigten zugefügte Ehrenkränkung eine unverdiente und eine widerrechtliche Handlung des Beleidigers war. Als einziges Genugthuungsmittel aber ist sie verwerflich und eine auf Zahlung eines Aestimationsquantums gerichtete Injurienklage hat im Allgemeinen etwas dem Gefühle Widerstrebendes, weil die Ehre ein unschätzbares Gut, und eine Gesinnung, vermöge deren der Beleidigte in einer Vermögensbereicherung eine wirkliche Genugthuung für die erlittene Ehrenkränkung findet, schon an und für sich mit ihr unverträglich ist. Wird dagegen die Injurie principiell nicht als Ehrenkränkung, sondern als Kränkung der Persönlichkeit aufgefaßt, so verliert eines Theils die ästimatorische Injurienklage das dem Gefühle Widerstrebende, und andern Theils bleibt auch ein anderes Genugthuungsmittel nicht füglich übrig, so wie es endlich vom römischen Standpunkte aus sich ganz von selbst versteht, daß es lediglich dem subjectiven Ermessen des Beleidigten überlassen bleiben muß, ob er eine erlittene Injurie auf sich beruhen, also auch z. B. die Wahrheit oder Unwahrheit eines ihm gemachten infamirenden Vorwurfs unerörtert lassen will oder nicht.

Vom Standpunkte des germanischen Rechts dagegen stellt sich die Sache folgendermaaßen. Aus der Möglichkeit, den sittlichen Werth des Einzelnen nach einem objectiven Maaßstabe zu messen, und aus dem sittlichen Anspruch, den jeder auf Anerkennung seines sittlichen Werthes hat, folgt von selbst, daß Verletzung dieses Anspruchs rechtlich als ein Delict anzusehen ist und daß es also ein Delict der Ehrenkränkung im

eigentlichen Sinne des Wortes giebt. Auch liegt es ferner in der Natur der Sache, daß bei der Bedeutung, welche die Ehre des Menschen für seine ganze Lebensstellung hat, selbst solche Verletzungen der Persönlichkeit, welche nicht direct gegen die Ehre des Verletzten gerichtet sind, als Ehrenkränkungen aufgefaßt und behandelt werden, weil und in sofern bei ihnen die Voraussetzung möglich ist, daß sie aus einer Nichtanerkennung des sittlichen Werthes des Verletzten hervorgegangen sind, und daß der Beleidiger sich eine solche Handlung gegen einen Menschen, dessen sittlichen Werth er anerkennt, nicht herausgenommen haben würde. Endlich ist es ebenfalls klar, daß der an seiner Ehre Gekränkte nicht nur Genugthuung für diese Kränkung zu fordern berechtigt ist, sondern daß er auch, wie bereits erwähnt, sittlich verpflichtet ist, solche zu fordern. Die Ehre ist eben ein so hohes Gut, daß alle anderen Rücksichten vor dem Streben, sie unbefleckt zu bewahren, zurücktreten müssen, und daß der Mensch nicht einmal einen Zweifel an seinem Anspruch auf dieselbe dulden darf, ohne sie zu gefährden, indem derjenige, der eine Beschimpfung ruhig hinnimmt oder die Wahrheit eines ihm gemachten sittlichen Vorwurfs unerörtert läßt, damit entweder das Bewußtsein, daß die Beschimpfung eine verdiente sei, oder eine Gesinnung verräth, welche mit der wahren Ehre unverträglich ist. Daher wird nach der germanischen Ansicht die Ehre eines Menschen zwar nicht durch die Ehrenkränkung an und für sich, wohl aber durch das ruhige Hinnehmen derselben beschimpft; daher wird ferner angenommen, daß die nachtheiligen Folgen einer Injurie durch Zurückgeben einer stärkern Beleidigung, Retorsion, abgewendet werden können, weil der Retorquirende durch die stärkere Beleidigung zeigt, daß er eine weitere Erörterung nicht scheuet, diese vielmehr eben dadurch

provociren will, und daher wird endlich die Bedeutung der Injurie und der Inhalt der dem Beleidigten dadurch auferlegten Pflichten wesentlich durch die Person des Beleidigers bestimmt, weil der Verdacht, als sei die Ehrenkränkung eine verdiente, oder die gemachte Beschuldigung eine begründete, wesentlich mit von dem Gewichte abhängt, welches auf das Urtheil und die Ehrenhaftigkeit des Beleidigers zu legen ist.

Eine wirkliche Genugthuung der erlittenen Ehrenkränkung kann nun, wie bereits erwähnt, allein darin bestehen, daß die Ehrenkränkung als eine vom Beleidigten nicht verdiente, also als eine ungebührliche dargestellt und der durch sie erweckte Zweifel an der Ehrenhaftigkeit desselben wieder beseitigt wird. Von diesem Gesichtspunkte aus ist die Erkennung einer Geldbuße nun, wie ebenfalls bereits erwähnt, nicht grade schlechterdings verwerflich, weil in der Verurtheilung des Beleidigers zur Bezahlung derselben ja eben der Ausspruch liegt, daß die Zufügung der Injurie eine ungebührliche Handlung war, und sie erscheint namentlich in denjenigen Fällen als eine nicht ungeeignete Sühne, wo nach der Beschaffenheit der Beleidigung und des Beleidigers weniger das Bedürfniß der Ehrenrettung des Beleidigten, als der Bestrafung des Beleidigers hervortritt. Im entgegengesetzten Falle erfordert die Ehre des Beleidigten eine directere Beziehung der Genugthuung auf die Ehrenkränkung, also z. B. Widerruf einer ehrenrührigen Beschuldigung, Ehrenerklärung, Abbitte. In diesen Acten liegt eine wirkliche Genugthuung, eben weil sie ein directes Zugeständniß des begangenen Unrechts enthalten und dadurch der Zweifel, als habe der Beleidigte die Kränkung verdient, beseitigt wird.

Besonders klar offenbart sich das Wesen der germanischen Ehre in den Grundsätzen über das Duell. Wenn die Ehre

grade das Product derjenigen Gesinnung ist, welche Recht und Ehre höher stellt als jedes andere Gut, und Leib und Leben dafür zu opfern bereit ist, wenn es ferner als der besondere Beruf des waffenfähigen Mannes angesehen wird, die höhere Rechtsordnung nöthigenfalls mit dem Schwerte zu vertheidigen, und wenn endlich die einzige wirkliche Genugthuung für den an seiner Ehre Gekränkten darin besteht, daß der gegen seine Ehre erhobene Zweifel beseitigt werde, so giebt es für den waffenfähigen Mann, der die Unwahrheit eines Vorwurfs oder das Unverdiente einer erlittenen Kränkung nicht anders darthun kann, auch kein geeigneteres Mittel dazu, als daß er der erlittenen Kränkung gegenüber thatsächlich den Beweis führt, daß ihm seine Ehre höher stehe als sein Leben, und daß er lieber sein Leben aufs Spiel setzen, als eine Beschimpfung dulden wolle. In seiner vollen Bedeutung als Mittel zur Wahrung der Ehre erscheint der Zweikampf freilich nur so lange, als sein Ausgang für ein Gottesurtheil gehalten wird, weil nur unter dieser Voraussetzung das Widerrechtliche der Kränkung dadurch dargethan werden kann. Immer aber bleibt, auch nachdem diese Vorstellung nicht mehr damit verbunden wird und daher der Zweikampf als Beweismittel für andere Rechtsstreitigkeiten außer Anwendung gekommen ist, das Duell doch eine thatsächliche Documentirung derjenigen Gesinnung, welche von einem waffenfähigen Manne gefordert wird, und vorzugsweise die Grundlage seiner Ehre bildet, und weil das Unterlassen oder Ausschlagen einer Forderung den Verdacht des Mangels dieser Gesinnung erwecken könnte, dieser Verdacht aber dem Bewußtsein des Einzelnen als mit seiner Ehre unverträglich erscheint, hat das Duell sich auch trotz aller staatlichen Verbote erhalten, obgleich eine ethische Rechtfertigung desselben

bei den völlig veränderten Lebenszuständen von Wenigen für möglich gehalten wird.

§. 19.

Einfluß dieser Principien auf die Beweislast im Processe.

Die Ehre des Menschen leidet also nicht blos durch wirklich begangene Unsittlichkeiten, schon der Verdacht solcher Handlungen ist kränkend, und ein ehrenhafter Mensch fühlt das Bedürfniß, sich von diesem Verdachte zu reinigen. Dieser Gesichtspunkt wird für die Regulirung der Beweislast im Processe von Wichtigkeit, und des Zusammenhangs wegen möge dieser Punkt hier erwähnt werden.

Vom römischen Standpunkte aus betrachtet, beruht die Beweislast einfach auf dem Princip, daß derjenige, welcher eine Rechtsverletzung erlitten zu haben behauptet und die Hülfe des Staatts deshalb in Anspruch nimmt, die Existenz seines Rechts darthun muß. Kann er dies nicht, so wird er mit seiner Klage abgewiesen. Die Beweislast trifft also den Kläger. Der Beklagte hat freilich das Recht, den Ungrund der Klage gegenbeweislich darzuthun, allein er ist zur Aufklärung des wahren Sachverhalts und zur Beibringung der ihm zu Gebote stehenden Beweismittel nicht verpflichtet; er kann sich einfach darauf beschränken, den Klaggrund zu läugnen, und die Beweisführung des Klägers zu erwarten, so wie es auch seinem subjectiven Ermessen überlassen bleibt, ob er den Klagegrund zugestehen oder läugnen will. Die natürliche Folge dieses Princips ist, daß, wenn der Kläger, weil er den ihm obliegenden Beweis nicht zu erbringen vermag, mit seiner Klage abgewiesen wird, damit eben nur ausgesprochen ist, daß er

seinen Klaggrund nicht habe beweisen können, daß also eine Gewißheit, wer von den streitenden Theilen im Rechte sei, durch die richterliche Entscheidung in diesem Falle nicht herbeigeführt wird, vielmehr ungeachtet dieser Entscheidung auf beiden Theilen der Verdacht wahrheitswidriger Beschuldigung und beziehungsweise unehrlichen Läugnens haften bleiben kann. Eine consequente Durchführung dieses Princips war den Römern freilich auch hier nicht möglich, vielmehr führte theils das Peinliche, was unter Umständen in einem solchen Verdachte liegt, theils das Interesse der Sittlichkeit, welches durch frivoles Processiren zu sehr gefährdet wird, verschiedene Modificationen des Princips herbei [1]). Das römische Recht überläßt es aber auch hier wieder dem subjectiven Ermessen der streitenden Theile, ob sie von diesen Modificationen Gebrauch machen, z. B. einen Eid vom Gegner fordern, oder ein judicium calumniae anhängig machen wollen; und jedenfalls bleibt dabei das Princip salvirt, daß im Civilprocesse nur formelle Wahrheit herbeigeführt werden soll.

Das germanische Recht geht natürlich gleichfalls von dem Grundsatze aus, daß der Kläger, der die Hülfe des Staates in Anspruch nimmt, die Existenz seines Rechtes darzuthun verpflichtet ist; denn dies liegt in der Natur der Sache. Diese Verpflichtung erleidet aber von vorn herein dadurch eine wesentliche Modification, daß auch der Beklagte die sittliche Pflicht hat, eine dem wirklichen Rechte entsprechende Entscheidung herbeiführen zu helfen, und daß die Ehre desselben ihm nicht

[1]) Z. B. die poena dupli für frivoles Läugnen in einzelnen Fällen, die Verpflichtung, einen angetragenen Eid anzunehmen; das juramentum calumniae, welche der Kläger vom Beklagten fordern konnte, so wie umgekehrt des judicium calumniae etc.

gestattet, sich auf ein bloßes Läugnen des Klaggrundes zu beschränken und den Beweis zu erwarten. Beide Theile sind allerdings befugt, ihr Recht zu vertheidigen; allein sie sollen und dürfen als sittliche Menschen eben nur das Recht vertheidigen. An der Verwirklichung des Rechts soll ihnen mehr gelegen sein, als an den Nachtheilen, welche für sie daraus entspringen, und ein widerrechtlich, z. B. wegen Mangels an Beweismitteln erlangter Vermögensvortheil ist mit ihrer Ehre unverträglich. Dies gilt vom Beklagten nicht minder als vom Kläger, und es ist, wenn ein unbescholtener Mann eine Klage erhebt, Ehrensache für den Beklagten, seine Unschuld darzuthun, und sich von dem Verdachte, als habe er sich, in der Hoffnung, daß der Kläger seinen Beweis nicht führen kann, unrecht Gut angemaßt, oder der Erfüllung einer Pflicht entzogen, zu reinigen. Daher nimmt das ältere germanische Recht neben der Beweispflicht des Klägers auch eine Beweispflicht des Beklagten an, und legt dem Kläger nicht ohne Weiteres den Beweis des Klaggrundes auf, sondern läßt, bevor es dazu kommt, eine Untersuchung der Frage voraufgehen, ob der Beklagte für berechtigt gehalten werden kann, den Klaggrund zu läugnen, und verurtheilt denselben, wenn er nicht mindestens seine Unschuld eidlich erhärten und die erforderliche Anzahl von Eideshelfern, welche den Glauben an die Gerechtigkeit seiner Sache beschwören, herbeischaffen kann, oder auf ein Gottesurtheil provocirt. Daß übrigens der Beklagte auch dann, wenn der Kläger Beweismittel hatte, durch seinen Eid sich der Klage entziehen konnte, wie Rogge annimmt, ist ohne Zweifel als irrig zu betrachten. Der Eid war vielmehr in sofern ein subsidiäres Beweismittel, als der Kläger, wenn er andere Beweismittel hatte, es nicht dazu kommen zu lassen

brauchte [2]), und der Unterschied zwischen ihm und dem römischen juramentum delatum bestand hauptsächlich darin, daß, während es bei diesem ganz von der Willkür des Klägers abhängt, ob er den Eid deferiren will, im germanischen Processe eines Theils der Beklagte ein Recht darauf hatte, sich von dem durch die Anklage entstandenen Verdachte zu reinigen, und andern Theils die Gemeinde eine solche Reinigung forderte, so wie, daß nur derjenige zu dieser Reinigung zugelassen ward, der die erforderliche Anzahl von Eideshelfern von seiner Unschuld zu überzeugen vermochte.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf das Vindicationsverfahren führt zu folgendem Resultate. Nach römischem Rechte

---

[2]) Dafür spricht der Umstand, daß der Beklagte einen in Zeugen-Gegenwart abgeschlossenen Vertrag nicht eidlich abläugnen, so wie bei einem offenkundigen Delicte sich nicht eidlich reinigen konnte. Nach L. Bajuv. Tit. 16. cap. 1. 2, wurde er trotz seines Eides verurtheilt, wenn ein vollgültiger Zeuge gegen ihn aufgebracht werden konnte, und nach L. Alaman. T. 44. cap. 1. T. 42. cap. 1. und L. Bajuv. T. 8. cap. 16. §. 1 kam es erst dann zum Eide, wenn die Sache nicht auf andere Weise ermittelt werden konnte. Uebrigens wurde der Beklagte, wenn er sich verdächtig gemacht hatte, nicht zum Eide gelassen, sondern statt dessen der Kläger. Wenn z. B. jemand einen Dieb auf der That ertappt und getödtet hat, und er verheimlicht die Sache nicht, sondern macht sie gleich in der gehörigen Weise bekannt, so darf er sich mit seinem Eide reinigen. Verheimlicht er aber die Sache, so wird er zur Beschwörung seines Excusationsgrundes nicht zugelassen, sondern statt dessen die Verwandten des Getödteten. Zweifelhaft war der Fall, wenn jemand einen andern auf der That ertappt und gebunden hat, der Gebundene aber den Diebstahl läugnet. Das frisische Gesetz läßt in diesem Falle Beide zum Schwur, und dann ein Gottesurtheil den Streit entscheiden. Die Lex Salica gestattet, den Gebundenen mit 12 Eideshelfern des Diebstahls eidlich zu überführen. Die Lex Ripuar. T. 41. cap. 1 ebenso; nur fordert sie statt der 12 Eideshelfer 6 Zeugen, — d. h. in Beibehalt des Tit. 77 wohl solche, die gleich nach dem Binden zugezogen und mit den näheren Umständen bekannt gemacht sind.

muß der Vindicant sein Eigenthum darthun; der Besitzer kann diesen Beweis ruhig erwarten. Es steht ihm frei, sich an seinen Gewährsmann zu wenden und sich von diesem Gegenbeweismittel suppeditiren zu lassen, — welche zu liefern derselbe freilich nicht verpflichtet ist, — nöthig aber hat er die Angabe seines Gewährsmannes und überhaupt seines Besitztitels nicht; er kann im Gegentheil einfach läugnen und erwarten, ob der Kläger seinen Beweis zu führen vermag. Nach germanischem Rechte dagegen steht dem Beklagten die Befugniß sich auf ein Läugnen des Klaggrundes zu beschränken, nicht frei, er muß vielmehr namentlich bei der Vindication einer beweglichen Sache, — worin zugleich von Seiten des Vindicanten die Behauptung eines erlittenen Diebstahls liegt, weil die freiwillig aus der Gewere gegebene Sache nicht vindicirt werden konnte, — zunächst seinen Besitztitel angeben, bevor es zu einer Beweisauflage kommen kann. Behauptet er einen originären Erwerb, so muß es natürlich zum Beweise oder zur Reinigung mittelst Eides und Eideshelfern kommen. Behauptet er, die Sache von einem Dritten erworben zu haben, so muß er diesen seinen Gewährsmann nennen und mit ins Gericht bringen. Damit hat er sich von jedem Verdachte der Unredlichkeit gereinigt, damit hört aber auch für ihn die sittliche Berechtigung und Verpflichtung auf, über die Wahrheit von Thatsachen zu streiten, von denen er nichts weiß, und der Streit wird zwischen dem Vindicanten und dem Gewährsmann des Besitzers ausgemacht. Vermag er dagegen seinen Gewährsmann nicht anzugeben, so ist er zuvörderst verpflichtet, mit Eideshelfern zu schwören, daß er ihn nicht anzugeben wisse, und muß sich daneben bei Strafe der Diebeshehlerei ernstlich bemühen, denselben ausfindig zu machen. Die streitige

Sache selbst aber muß er ohne Eigenthumsbeweis an den Kläger herausgeben. An dieser letzten Bestimmung tritt der Gegensatz des römischen und germanischen Princips klar zu Tage. Daraus, daß der Beklagte seinen Gewährsmann nicht anzugeben vermag, folgt natürlich in keiner Weise, daß die Sache dem Kläger gehört, und daher braucht nach römischem Rechte der Beklagte die Sache nicht anders herauszugeben, als wenn der Kläger den Beweis seines Eigenthums zu führen vermag. Das germanische Recht dagegen geht von dem Gesichtspunkte aus, daß dem Beklagten unter diesen Umständen die sittliche Berechtigung fehlt, die Behauptung eines unbescholtenen Mannes, der die Sache als ihm gestohlen reclamirt, in Zweifel zu ziehen, und daß die Ehre des Beklagten ihm gebietet, lieber die Sache freiwillig zu restituiren, als eine Sache zu behalten, von der er beim Mißlingen des klägerischen Beweises doch zugestehen muß, daß sie möglicher Weise dem Kläger gestohlen ist.

Diese Grundsätze kommen übrigens auch noch heutiges Tages in manchen particularrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung. Vom Standpunkte des römischen Rechtes aus, welches für alles vom Kläger strengen, juristischen Beweis fordert, kommt man natürlich dahin, auch solche Beweise zu fordern, welche factisch in der Regel nicht erbracht werden können, z. B. bei allen Schadensforderungen den Beweis des wirklich erlittenen Schadens, oder bei der actio redhibitoria den Beweis, daß das kranke Thier schon zur Zeit des Verkaufes an dem bestimmten Fehler gelitten habe. Diese Beweise sind häufig gar nicht zu führen, und die Folge davon ist, daß der Kläger trotz der Gerechtigkeit seiner Sache abgewiesen werden muß. Vom germanischen Standpunkte aus ist die Forderung solcher

Beweise nicht zu billigen, und es ist nur eine folgerichtige Anwendung der obigen Grundsätze, wenn Particularrechte z. B. Entschädigungsforderungen von vorn herein durch Aversionalsummen fixiren, oder nach „Erkenntniß guter Leute" bestimmen lassen, oder bei der actio redhibitoria den Beweis für genügend erklären, daß der Fehler innerhalb einer bestimmten Zeit nach dem Verkaufe sichtbar geworden ist u. s. w.

Zweiter Theil.

Die Verschiedenheit des römischen und germanischen Privatrechts.

Erster Abschnitt.

Das Familienrecht.

---

§. 20.

Princip des Familienrechts.

Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Privatrechte besteht, wie bereits erwähnt ist, darin, daß die Römer, von der Voraussetzung eines Zustandes natürlicher Freiheit vor dem Staate ausgehend, bei der Construction ihres Privatrechts die natürliche Freiheit der Einzelnen zu realisiren streben, und die Erfüllung der sittlichen Normen lediglich dem Gewissen dieser Einzelnen überlassen, die Germanen dagegen von der Betrachtung der natürlichen und sittlichen Ordnung des menschlichen Lebens ausgehend, das Recht dem höhern sittlichen Zwecke der Verhältnisse gemäß gestalten, und die sittlichen Pflichten, deren Erfüllung nach römischem Princip lediglich Gewissenssache der Einzelnen bleibt, in soweit sie unzwei-

felhaft sind und das öffentliche Interesse die Sicherung ihrer Erfüllung fordert, zu Rechtspflichten erheben. Das Vorbild des römischen Privatrechts ist also der Zustand natürlicher Freiheit, das des germanischen Privatrechts die natürliche und sittliche Ordnung des menschlichen Lebens.

Dieser Gegensatz spricht sich in seiner vollsten Schärfe gleich im Familienrechte aus. — Zwischen den durch die Bande des Blutes mit einander verbundenen Personen besteht ein sittliches Zusammengehörigkeitsverhältniß, vermöge dessen die einzelnen Familienglieder sich auch durch eine natürliche besondere Liebe zu einander hingezogen fühlen. Die allgemeine sittliche Pflicht der Menschen, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, erhält durch die Blutsverwandtschaft den Charakter einer besondern Pflicht, indem diejenigen, welche durch natürliche Bande sich einander näher stehen, auch den nächsten Beruf zur gegenseitigen Hülfe und Unterstützung haben, und es besteht zwischen ihnen die Verpflichtung zu besonderer Treue, welche, wie die Glosse zum Sachsenspiegel sagt, „darum auch die natürliche Treu heißt, weil sie von dem natürlichen Rechte herfließt." — Innerhalb der Familie begründet daneben das Verhältniß des Mannes zum Weibe, der Eltern zu den Kindern noch wieder besondere sittliche Beziehungen und Pflichten, indem der Mann als der Stärkere der natürliche Schützer und Vertreter des Weibes ist, und die Eltern die natürlichen Schützer und Erzieher der Kinder sind, und das natürliche Resultat dieser Beziehungen ist, daß dem Manne, als dem Haupt der Familie, die Herrschaft des Hauses zufällt, daß aber diese Herrschaft dem höhern sittlichen Zwecke des ganzen Verhältnisses entsprechend ihrem Begriffe und Wesen nach nichts Anderes als ein Vormundschaftsrecht ist. — Dies sind die leitenden Principien des

germanischen Familienrechts, das ganz einfach auf jene sittlichen Beziehungen unter den Familiengliedern basirt ist, und die sittlichen Pflichten der Letzteren gegen einander zu Rechtspflichten erhebt. —

Vom römischen Standpunkte aus betrachtet stellt sich die Sache dagegen folgendermaaßen. Im Zustande der natürlichen Freiheit existiren die durch die natürliche Fortpflanzung des Menschengeschlechts begründeten Beziehungen der einzelnen Menschen zu einander und die durch sie erzeugten Gefühle der Liebe, Pietät und Anhänglichkeit unzweifelhaft auch. Diese Beziehungen aber sind rein sittlicher Natur, die aus ihnen entspringenden Pflichten lediglich sittliche Pflichten, deren Erfüllung eben nur Gewissenssache der Einzelnen ist. Die natürliche Freiheit des Einzelnen wird daher durch diese Verhältnisse und Beziehungen nicht tangirt, und wie sehr derselbe auch durch sein Gewissen getrieben werden mag, dieselben zu respectiren, rechtlich steht er seinem Vater, seinem Weibe und seinen Kindern, so wie seinen übrigen Verwandten grade so fremd und pflichtlos gegenüber, wie jedem andern Menschen. — Dagegen besteht zwischen Mann und Weib, Vater und Kindern aus einem andern Grunde auch im Zustande der natürlichen Freiheit ein Rechtsverhältniß. Vermöge seiner natürlichen Freiheit hat der Mensch das Recht, andere seiner Gewalt zu unterwerfen; und wie der Mann dadurch vermöge seiner größern Stärke die Herrschaft über das Weib erlangt, so erwirbt er die Herrschaft über seine Kinder theils aus dem gleichen Grunde, theils schon durch den in der procreatio liegenden Willensact. So bildet sich auch im Zustande der natürlichen Freiheit zwischen Mann und Weib, Vater und Kindern ein Verhältniß, das in seiner äußern Erscheinung der auf dem natürlich sittlichen Grunde erwachsenen engern

Familiengemeinschaft ähnlich ist, seinem innern Wesen nach von dieser sich aber dadurch unterscheidet, daß es seinen Rechtsgrund nicht in dem sittlichen Verhältnisse des Mannes zu Weib und Kindern, sondern in dem Willen und der physischen Stärke des Mannes hat, und die Folge davon ist natürlich, daß das Recht des Mannes über Weib und Kinder nicht ein sittlich beschränktes, sondern gleich dem über jedes andere erbeutete Object ein absolutes und mit dem Eigenthum seinem Begriffe und Ursprunge nach identisch ist, daß Weib und Kinder also, wie ihr Verhältniß zum Mannne auch sittlich aufzufassen sein möge, rechtlich ganz unter den Begriff von Vermögensobjecten fallen. — An diesen Verhältnissen wird durch die Gründung des Staates nichts geändert. Die aus der Blutsverwandtschaft entspringenden sittlichen Pflichten bleiben auch im Staate Gewissenssache der Einzelnen, und ebenso bleibt auch die Herrschaft des Mannes über sein Weib und seine Kinder unverändert, weil der Staat nicht von den der Herrschaft des Mannes unterworfenen Weibern und Kindern, sondern von den Männern, und von diesen nicht zur Realisirung sittlicher Ideen, sondern zum Schutze ihrer natürlichen Freiheit gegründet wird [1]. — Von einem eigentlichen Familienrechte in unserem Sinne des Wortes kann daher bei den Römern keine Rede sein; schon der Rechtsbegriff der Familie ist bei ihnen ein anderer als bei uns, indem die Beziehungen des Mannes zu seinem Weibe und zu seinen Kindern für die juristische Betrachtung nothwendig unter den Begriff des Vermögens fallen, und nach der ursprünglichen Bedeutung des Wortes bezeichnet familia daher auch bei den Römern nichts

[1] Dieser Gedanke spricht sich auch, wie bereits erwähnt, in der Sage aus, daß Rom von erwachsenen Männern gegründet ist, die sich erst später Weiber raubten.

Anderes als das Vermögen[2]) eines Menschen, das eben nichts Selbstständiges, neben ihm Bestehendes, sondern nur eine Erweiterung seiner Persönlichkeit ist.

§. 21.

Die einzelnen Institute des Familienrechts.

Wenden wir uns nun zu einer nähern Vergleichung des römischen und germanischen Familienrechts, und namentlich der begrifflichen Construction der einzelnen Rechtsverhältnisse, so besteht den eben dargelegten Principien gemäß

I. die väterliche Gewalt nach germanischem Rechte in dem, in der natürlichen und sittlichen Ordnung des menschlichen Daseins begründeten Schutz- und Erziehungsrechte des Vaters über seine Kinder, und ist ein ihrem sittlichen Zwecke entsprechend beschränktes Herrschaftsrecht über Person und Vermögen der Kinder. Daher wird sie denn auch von vorn herein als ein Vormundschaftsrecht — mundium, tutela, väterliche Vormundschaft — aufgefaßt und in den Quellen bezeichnet. Aus dieser Auffassung folgt denn von selbst, daß sie ihr Ende erreicht, sobald die Kinder erwachsen sind, und in selbstständige Lebensverhältnisse übergehen. Ferner, daß die

---

[2]) So z. B. in den Worten der Zwölftafeln proximus agnatus familiam habeto, in der Nuncupationsformel bei der Testamentsform per aes et libram und in dem Namen der actio familiae herciscundae. Im speciellern Sinne werden darunter die im Vermögen eines Menschen befindlichen sui, und zwar sowohl Sklaven als Kinder verstanden, wie in dem Interdict unde vi. — L. 40. §. 2. D. de V. S.: Familiae significatione liberi quoque continentur. Auf freie Personen übertragen, bedeutet es endlich dem ursprünglichen Sinne entsprechend plures personae, quae sub unius potestate sunt, oder sub unius potestate fuerunt. L. 195. D. de V. S.

Ausübung des Erziehungsrechts unter der Oberaufsicht des Staates steht, der durch Schulzwang für den gehörigen Unterricht der Kinder sorgt, und im Falle des Mißbrauchs der väterlichen Gewalt einschreitet. Endlich, daß das Vermögen, welches den Kindern anfällt, ihnen gehört, dasselbe folglich, wenn auch der Vater, so lange es unter seiner Verwaltung steht, den Nießbrauch desselben hat, wie jeder Vormund nach älterem Rechte, von ihm eben so wie vom Vormunde herausgegeben [1]), oder, wo Gütergemeinschaft gilt, das Kind mit einem aliquoten Theile aus dem gemeinschaftlichen Vermögen abgefunden werden muß — Absonderung, Ausspruch.

Nach römischem Rechte dagegen ist die Herrschaft des Vaters über die Kinder sowohl ihrem Umfange als auch ihrem Inhalte nach unbegrenzt, und ein principieller Unterschied zwischen ihr und dem Eigenthume an Sklaven und Sachen überall nicht vorhanden [2]). Die Kinder werden so sehr als bloße Vermögensobjecte aufgefaßt und behandelt, daß sie, wie das Vermögen überhaupt nach römischem Begriffe nur eine Erwei-

---

[1]) Sachsenspiegel I. 11.

[2]) Von der Identität dieser Rechte ist schon an einer andern Stelle die Rede gewesen, und hier nur noch zu erwähnen, wie auch der Sprachgebrauch damit übereinstimmt. Die Kinder werden, wie bereits gesagt, mit zu der Familie im römischen Sinne gerechnet, ja in der Bestimmung der Zwölftafeln über die testamentarischen Vormünder, — uti legassit super pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto — unter den Begriff der res gebracht. (Vgl. L. 5. pr. D. de V. S., wonach res sich von pecunia dadurch unterscheidet, daß res etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet.) Das Verhältniß des pater familias zu den Kindern und Sklaven wird durch dasselbe Wort potestas bezeichnet, dessen Name auf die physische Kraft als Grund der Herrschaft hinweist, und ein eigenes Wort für Kinder haben die Römer nicht, vielmehr werden dieselben kurzweg sui, und nur im Gegensatze zu den servis liberi, Freie, genannt. —

terung der Persönlichkeit ist, juristisch ganz in die Person des Vaters aufgehen, mit ihm in der sogenannten unitas personarum stehen. — Daß der Vater die Kinder zu tödten und zu verkaufen berechtigt ist, daß die Kinder kein eigenes Vermögen besitzen können, sondern alles, was sie erwerben, dem Vater gehört, ja daß selbst Weib und Kinder des Sohnes nicht in seiner, sondern in der Gewalt des Vaters stehen, und daß die väterliche Gewalt nicht mit der Selbstständigkeit des Kindes, sondern, falls der Vater dieselbe nicht freiwillig aufgiebt, erst mit dem Tode des Vaters erlischt, — das alles sind nur die natürlichen und nothwendigen Consequenzen jener principiellen Begriffsfassung, bei der sich denn auch von selbst versteht, daß von einer Rechtspflicht des Vaters gegen die Kinder gar keine Rede sein kann, die väterliche Gewalt vielmehr wie jedes andere Recht nach römischer Ansicht ein reines Recht ist. —

Daß sittlich der Vater zu seinem Kinde anders stehe, als zu seinen Sklaven oder Hausthieren, darüber freilich sind auch die Römer nicht zweifelhaft, und wenn auch in der ältesten Zeit ein Verkauf der Kinder nicht ungewöhnlich gewesen sein mag [3]), so reprobirte doch später die Sitte entschieden einen unsittlichen Mißbrauch der väterlichen Gewalt oder Vernachlässigung der sittlichen Pflichten. Dies aber bleibt nach dem schon oft erwähnten Princip des römischen Rechts auf die Gestaltung des Rechts ohne Einfluß. Ein sittlich beschränktes Recht läßt sich einmal vom römischen Standpunkte aus nicht construiren; soll

[3]) Darauf deuten wenigstens manche Umstände hin, z. B. daß die Emancipation nur mittelst zuvorigen Verkaufes geschehen kann, und daß nach den Zwölftafeln ein von seinem Vater verkaufter und freigelassener Sohn zweimal in die Gewalt des Vaters zurückfällt, und erst nach dem dritten Verkaufe durch Manumission frei wird.

und muß das Kind der Gewalt des Vaters unterworfen sein, so ist diese Gewalt auch nothwendiger Weise eine absolute. Der sittliche Gebrauch muß dem Gewissen des Vaters überlassen bleiben, und höchstens auf indirectem Wege, z. B. durch nota Censoria kann gegen Mißbrauch eingeschritten werden. — Daher haben denn auch die Römer an dem obigen Begriffe der väterlichen Gewalt nicht nur bis auf die neueste Zeit theoretisch, sondern auch bis zur Zeit der christlichen Kaiser praktisch festgehalten, und erst unter diesen wurden die schärfsten Consequenzen durch singuläre Bestimmungen beseitigt. So wurde das Recht des Vaters, die Kinder zu tödten, welches die Lex Pompeja de parricidiis noch respectirt, erst durch Constantin aufgehoben, das Verkaufsrecht selbst von Justinian nur beschränkt, und ebenfalls erst unter den christlichen Kaisern das Recht des Vaters auf alles, was die Kinder erwerben, durch das Institut der Peculien beschränkt, nachdem freilich die überall privilegirten Soldaten auch in dieser Beziehung schon früher eine Ausnahme für sich erwirkt hatten [4]).

---

[4]) In den Ansichten über die väterliche Gewalt und namentlich über qie damit zusammenhängende Erziehung der Menschen spricht sich der im ersten Theile hervorgehobene Gegensatz der griechischen, römischen und germanischen Anschauungsweise besonders klar aus. — Nach der römischen Ansicht ist die Erziehung der Kinder lediglich Sache des Vaters. Der Staat, so wesentlich er auch bei der rechten Erziehung der Bürger interessirt sein mag, ist nicht befugt, sich in dieselbe zu mischen; sie geht den Staat, der keine objectiven sittlichen Ideen zu realisiren hat, nichts an. Nach der griechischen Ansicht ist, weil die Realisirung des Ethos als die unmittelbare Aufgabe des Staates gedacht wird, die Erziehung der Menschen Sache des Staates, und zwar so ausschließlich, daß Plato in seiner Republik die Familie als ein störend dazwischen tretendes Element ganz aufgehoben wissen will. Nach der germanischen Ansicht endlich, nach der die Realisirung des Ethos nicht die unmittelbare Aufgabe des Staates, sondern nur der höhere Zweck ist, dem

Die Verschiedenheit der Ansicht über den Rechtsgrund und das Wesen der väterlichen Gewalt ist natürlich auch entscheidend über die Stellung der Mutter zu den Kindern. Vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet ist die Stellung der Mutter zu den Kindern der des Vaters ähnlich, nur tritt ihre sittliche Berechtigung, so lange der Vater lebt, natürlich vor dessen näherem Rechte zurück, und auch nach dem Tode desselben steht dem Eintritte in dessen Rechte der Umstand entgegen, daß sie den Kindern den gehörigen Schutz nicht zu gewähren vermag, auch der zur Verwaltung ihres Vermögens erforderlichen Eigenschaften ermangelt. Dies gilt wenigstens vom ältern germanischen Recht und auch später von denjenigen Ständen, deren Vermögen hauptsächlich in Grundeigenthum besteht, wegen der weiter unten zu erörternden germanischen Ansicht von der Stellung und Aufgabe des Grundbesitzers. Im städtischen Leben fällt das letztere Hinderniß fort, und daher hat denn auch hier die sittliche Berechtigung der Mutter das Institut der communio bonorum prorogata zur Folge. — Nach der römischen Ansicht über Rechtsgrund und Wesen der väterlichen Gewalt dagegen kann von einer Herrschaft der Mutter über die Person und das Vermögen der Kinder oder von irgend einem Autoritätsverhältnisse von vorne herein so wenig beim Leben des Vaters als nach dem Tode desselben die Rede sein; erst in der spätesten Zeit wird ihr die Uebernahme der Vormundschaft gestattet, obgleich schon sehr lange die Fähigkeit der Frauen zur Verwaltung ihres eigenen Vermögens nicht weiter in Zweifel gezogen wurde. —

der Staat dient, bleibt die Erziehung Sache der Eltern, steht aber unter der Aufsicht des Staates und der Kirche, welche dafür Sorge zu tragen haben, daß die Eltern ihrer Erziehungspflicht in der rechten Weise genügen.

II. Die Ehe, als das Fundament, worauf das Gebäude des Familienlebens gegründet ist, hat als solches einen höhern sittlichen Zweck, als die Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse und Neigungen der Ehegatten, und ist, weil ihre willkürliche Auflösung den ganzen sittlichen Bestand des Familienlebens zerstört, ein sittlich unauflösliches Verhältniß. Als solches wird sie von den Germanen bereits in der vorchristlichen Zeit aufgefaßt [5]), und unter dem Einflusse des Christenthums führt dann diese Auffassung ganz natürlich dahin, daß die Ehe den Charakter eines von dem Willen der Ehegatten unabhängigen Rechtsverhältnisses erhält, und nicht nur zur Eingehung derselben eine kirchliche Handlung erforderlich, sondern auch namentlich der Bestand der Ehe von der Willkür der Ehegatten unabhängig, also eine Scheidung überall nicht, oder doch nur durch richterliches Erkenntniß möglich ist. — Dieser sittlichen Auffassung entsprechend ist denn auch das Verhältniß der Ehegatten zu einander geregelt. Der Mann, als das Haupt der Familie und als der natürliche Schützer des Weibes, ist ihr ehelicher Vormund; sie steht unter seinem mundium, und theils als Folge hiervon, theils weil bei der innigen zwischen Ehegatten bestehenden Lebensgemeinschaft dieselben nicht wohl getrenntes Vermögen haben können, nimmt der Mann auch all ihr Gut in seine Gewere zu rechter Vormundschaft [6]), wobei denn übrigens auch für den Fall des Todes des Ehemannes, durch Witthum, Altentheil, portio statutaria etc. für eine standesmäßige Versorgung der überlebenden Wittwe gesorgt wird [7]).

---

[5]) Tacitus Germania Cap. 18.

[6]) Sachsenspiegel I. 31. §. 1. 2.

[7]) Das Nähere hierüber und wie diese Principien in den verschiedenen

Die sittliche Unauflöslichkeit der Ehe wird natürlich auch von den Römern anerkannt, aber die daraus für die Ehegatten entspringenden Pflichten sind eben nur sittliche Pflichten, deren Erfüllung nach römischem Princip lediglich dem Gewissen der Betheiligten überlassen bleiben muß. Vom Standpunkte des Rechts aus kann die Ehe nur als ein der Privatdisposition der Ehegatten unterworfenes Rechtsverhältniß betrachtet werden, und daher ist nicht nur bei Eingehung der Ehe deren Bestand von den bei ihrer Schließung üblichen religiösen Feierlichkeiten unabhängig (Princip der Civilehe), sondern auch eine willkürliche Scheidung, und zwar nicht blos durch übereinstimmenden Willen der Ehegatten, sondern durch einseitigen Willensact des einen Theiles jederzeit gestattet. Dieses Princip ist von den Römern bis auf die letzte Zeit festgehalten, und so allgemeine Entrüstung auch die erste Ehescheidung in Rom hervorrief, so sehr später auch die Nothwendigkeit gefühlt ward, nicht nur die Ehe im Allgemeinen zu begünstigen, sondern auch namentlich dem eingerissenen Mißbrauche, der mit den Scheidungen getrieben ward, entgegenzutreten, so vermochten sie gegen diesen Mißbrauch doch nur durch indirecte Mittel — nota Censoria — willkürliche Vermögensstrafen — einzuschreiten, und selbst die christlichen Kaiser ließen das Princip der Privatscheidung unangetastet.

Dem entsprechend sind auch die persönlichen und Vermögensverhältnisse der Ehegatten regulirt. Ein sittlich beschränktes Herrschaftsrecht des Mannes über Person und Vermögen der Ehefrau, wie es der sittlichen Natur des ehelichen Verhältnisses

---

Berufsständen verschiedene Modificationen erleiden, namentlich im Bürgerstande zu Gütergemeinschaft führen, siehe in §. 37.

entspricht, vermögen die Römer nun einmal schlechterdings nicht zu construiren, und daher ist nur folgende Alternative möglich. Entweder die Frau wird der Herrschaft des Mannes unterworfen, und dann ist sie derselben absolut unterworfen, oder sie bleibt vollkommen frei und unabhängig von ihm. Im erstern Falle steht sie rechtlich der Tochter gleich; sie hört auf, ein selbstständiges Rechtssubject zu sein und wird wie die Kinder ein integrirender Theil der Person des Mannes [8]). Im zweiten Falle ist sie rechtlich vollkommen unabhängig vom Manne, tritt gar nicht in seine Familie und behält ihr Vermögen mit Ausnahme dessen, was sie dem Manne als dos hingiebt, getrennt für sich und unter ihrer eigenen Verwaltung, wobei sie dann noch — charakteristisch genug, — während das Vermögen der Ehefrau nach deutschem Rechte für die Schulden des Mannes mithaftet, für ihre dos ein privilegirtes Pfandrecht erhält, vermöge dessen sie den meisten übrigen Gläubigern ihres Mannes vorgeht.

III. Die Familie im weitern Sinne. Wie bereits erwähnt, begründet die Blutsverwandtschaft auch unter den entfernteren Familienmitgliedern ein sittliches Zusammengehörigkeitsverhältniß, vermöge dessen die allgemeine sittliche Verpflichtung

---

[8]) Die Natur des Herrschaftsverhältnisses, welches der Mann in der strengen Ehe über die Frau hat, spricht sich auch in dem technischen Worte manus aus, das eben nichts Anderes bezeichnet, als die auf der Stärke des Armes beruhende factische Herrschaft. Die Ehefrau ist in manu mariti heißt wörtlich, sie ist in der Hand des Mannes. Dieser Auffassung gemäß wird die Herrschaft über die Frau auch wie die aller anderen Eigenthumsobjecte durch Mancipation und selbst Usucapion erworben, und derselbe Gedanke liegt offenbar der an den Raub der Sabinerinnen erinnernden Sitte, wonach der Bräutigam die Braut aus dem Schooße ihrer Verwandten raubte (Festus s. v. rapere), so wie dem Scheiteln mit der hasta coelibaris zum Grunde. (Festus s. h. v.)

der Menschen, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, bei Blutsverwandten, als den zur Leistung dieses Beistandes zunächst Berufenen, den Charakter einer besondern Pflicht erhält und eine besondere Verpflichtung gegenseitiger Treue erzeugt. Diese sittlichen Pflichten werden durch das germanische Recht einfach zu Rechtspflichten erhoben. Demzufolge sind die Familienmitglieder verpflichtet, sich einander gegen Gewalt und Unrecht beizustehen, woraus sich das System der Blutrache entwickelt, und als das Compositionensystem an die Stelle derselben trat, einer Seits das Recht der Verwandten, das Wehrgeld des Erschlagenen zu fordern, anderer Seits aber auch die Pflicht entspringt, für ein unvermögendes Familienmitglied das von ihm zu entrichtende Wehrgeld zu zahlen [9]). Aus demselben Grunde, aus welchem die Verwandten verpflichtet sind, die Blutschuld für ein unvermögendes Mitglied der Familie zu bezahlen, sind sie auch gehalten, dasselbe, wenn es verarmt, zu ernähren und bei Unglücksfällen zu unterstützen, eine Verpflichtung, die eventuell auch, da die Gemeinde nach Analogie der Familie construirt ist, auf die Gemeindegenossen übergeht, und namentlich in den nordischen Rechten zu einem ausgebildeten Armensystem führt [10]). — Die sittliche Stellung des Einzelnen seiner Familie gegenüber führt endlich auch zu einer Beschränkung der Dispositionsbefugniß über sein Vermögen. Wenn der Mensch die obigen sittlichen Pflichten gegen seine Verwandten hat, so begeht er auch gegen sie ein sittliches Unrecht, wenn er durch leichtsinnige Veräußerung seines Vermögens sich außer Stand

---

[9]) Lex Salica Tit. 61. De Chrenechruda.

[10]) Wilda Strafrecht der Germanen. S. 141.

setzt, ihnen zu helfen, und namentlich liegt in der unmotivirten Veräußerung eines Gutes, das nach dem Tode des Besitzers seinen Kindern oder Erben Lebensunterhalt zu gewähren vermag, ein sittliches Unrecht gegen diese. Seine Erben sollen ihm lieber sein, als Fremde; er soll jenen lieber sein Vermögen gönnen als diesen, und daher beschränkt das germanische Recht die Veräußerungsbefugniß zu Gunsten der nächsten Erben in mehrfacher Weise und namentlich in Bezug auf Immobilien dahin, daß der Eigenthümer dieselben nur im Falle echter Noth oder mit Einwilligung seiner nächsten Erben veräußern darf [11].

Die sittliche Zusammengehörigkeit der einzelnen Familienglieder und die daraus für sie entspringenden sittlichen Pflichten werden auch von den Römern nicht geleugnet, aber von ihnen eben auch nur als sittliche Pflichten behandelt. Vom Standpunkte der natürlichen Freiheit aus betrachtet steht der Bruder dem Bruder so fremd und unabhängig gegenüber, als jedem andern Menschen, und dem entsprechend ist denn auch die rechtliche Stellung der Verwandten im Staate. Von irgend einer Rechtspflicht der Verwandten gegen einander, namentlich also von einer Verbindlichkeit, sich einander zu unterstützen oder zu alimentiren, kann darnach natürlich keine Rede sein, und begreiflicher Weise noch weniger von einer Beschränkung der Dispositionsbefugnisse des Einzelnen zu Gunsten seiner Verwandten. Was die Einzelnen in Anerkennung ihrer sittlichen Beziehungen zu ihren Verwandten freiwillig thun oder zu thun durch Anstandsrücksichten sich genöthigt sehen, ist eine andere Sache, und so wird z. B. anerkannt, daß der Vormund dem Bruder des Pupillen Alimente aus dem Vermögen des Letzteren zu

[11]) Das Nähere hierüber unten in §. 25.

verabreichen befugt sei. Die rechtlichen Beziehungen der Verwandten zu einander aber reduciren sich auf die **Intestaterbfolge** und die **Tutel**. Von der erstern wird zweckmäßiger im Erbrechte gesprochen und dort dargelegt werden, wie ihre muthmaßliche Entstehung mit dem obersten Princip des römischen Rechts völlig harmonirt; die letztere hängt mit jener zusammen und stellt sich z. B. in der tutela cessicia mehr als ein Recht, denn als eine Pflicht des nächsten Civilerben dar.

Diese vollkommene Pflichtlosigkeit der Verwandten gegen einander gilt principmäßig natürlich auch unter den allernächsten Verwandten, also auch zwischen Ascendenten und Descendenten; hier aber freilich wird die consequente Durchführung des Princips praktisch unmöglich, und so finden wir denn hier zwar das Princip anerkannt, aber zugleich auch ein indirectes Einschreiten gegen die praktischen Consequenzen, wie z. B. die querela inofficiosi testamenti, von der bereits die Rede gewesen und weiter unten noch zu sprechen sein wird, oder ein singuläres polizeiliches Einschreiten, wie z. B. in dem Anhalten der Ascendenten und Descendenten zur gegenseitigen Alimentation [12].

Im ältesten Rechte hatte freilich die Familie eine andere Bedeutung, wie dies schon die staatsrechtliche Bedeutung der gentes beweist. Allein die Gründung des Staates auf die gentes gehört dem ältern patricischen Rechte an, und nur in sofern mag die Quiritische Anschauungsweise auf ihre Gestal-

[12]) Dies scheint nämlich mehr den Charakter eines, auf ähnlichem Grunde wie das censorische Strafrecht beruhenden, polizeilichen Einschreitens, als den der Realisirung einer Rechtspflicht zu haben; wenigstens ist die Hauptstelle über diesen Gegenstand, L. 5. D. de agnosc. et alend. liberis aus einer Schrift Ulpians de officio **Consulis** entnommen; auch ist eine Rechtspflicht des Vaters, die Kinder zu alimentiren, mit dem Rechte sie zu tödten schlechterdings unvereinbar.

tung Einfluß gehabt haben, als die gens schon in früher Zeit zu einer politischen willkürlichen Abtheilung ohne Rücksicht auf Blutsverwandtschaft wurde. Der Ursprung der Gentilverfassung gehört jedenfalls einer andern Rechtsbildung an, und übrigens ist die rechtliche Bedeutung der Familie später, namentlich für das Privatrecht, ganz verschwunden [13]).

IV. Die Vormundschaft schließt sich im germanischen Rechte ganz einfach und natürlich an die übrigen Institute des Familienrechts an. Bei demjenigen, der mit dem Tode des Vaters den natürlichen Erzieher und Schützer verloren hat, muß ein Anderer Vaterstelle vertreten, und die Vormundschaft fügt sich daher als Nachbildung der väterlichen Gewalt und als eine der vielen Anwendungen des allgemeinen Begriffs von mundium ganz von selbst in das System des Familienrechts ein. Das römische Recht dagegen bietet weder in der väterlichen Gewalt noch sonst irgendwo ein Vorbild, an welches sich der Begriff der Tutel anlehnen könnte; im Zustande der natürlichen Freiheit giebt es weder eine Vormundschaft, noch auch ein für diese als Vorbild zu behandelndes Rechtsverhältniß. Daher muß bei dem unabweisbaren Bedürfnisse für diesen Fall ein besonderes singuläres Rechtsverhältniß geschaffen werden. Die Natur der Sache fordert dies einmal, und das hier in Betracht kommende Charakteristische der römischen Tutel ist eben ihr eigenthümliches Verhältniß zu dem übrigen Familienrechte. Sie ist für die römische Betrachtungsweise eben kein natürliches, sondern nur ein durch positive

[13]) Wenn Ihering den Geschlechterstaat für die erste Entwickelungsphase des auf das Princip des subjectiven Willens gegründeten Staates hält, so scheint mir dies historisch und logisch gleich unrichtig zu sein. Beide beruhen auf völlig entgegengesetzten Voraussetzungen.

Satzung zur Abhülfe eines dringenden Bedürfnisses geschaffenes Institut. Daher wird dieselbe denn auch in L. 1. D. h. t. definirt als vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa, der Entstehungsgrund des Instituts also gleich mit dem eigenthümlichen Zusatze „ac permissa" hinzugefügt, und daher wird denn dieselbe auch in sofern als ein singuläres Institut aufgefaßt und behandelt, daß eine analoge Anwendung der Tutel auf ähnliche Verhältnisse ausgeschlossen ist, für diese vielmehr in der cura ein besonderes Verhältniß wiederum geschaffen werden muß.

V. Sklaverei. Wenn wir uns auf den sittlichen Standpunkt derjenigen Zeiten stellen, in denen von den germanischen Völkern eine sittliche Rechtfertigung der Sklaverei für möglich gehalten und angenommen wurde, daß ein siegreiches Volk berechtigt sei, die Besiegten zu seinen Knechten zu machen, so kann von einer solchen sittlichen Rechtfertigung der Sklaverei oder Hörigkeit doch immer nur in sofern die Rede sein, als darunter ein, wenn auch strenges und unlösbares, doch aber immer beschränktes Dienstverhältniß verstanden wird, in Folge dessen der Hörige zwar zu Dienstleistungen verpflichtet ist, daneben aber doch immer als Mensch betrachtet wird, und als solcher seinem Herrn gegenüber bestimmte, von dessen Willkür unabhängige Rechte hat. In dieser, aber auch eben nur in dieser Weise haben die Germanen die Hörigkeit für sittlich erlaubt gehalten, und in dieser Form eines beschränkten Dienstverhältnisses erscheint die Hörigkeit schon zur Taciteischen Zeit [14]),

[14]) Tacitus Germania cap. 25: Suam quisque sedem, suos penates regit. Frumenti modum dominus, aut pecoris, aut vestis, ut colono injungit, et servus hactenus paret.

und wie späterhin das Rechtsverhältniß zum Herrn meistentheils durch Hofrechte und Dienstrechte regulirt wird, so ist auch der Umfang und die Art der Dienstleistungen, zu denen die Hörigen verpflichtet sind, größten Theils so billig bestimmt, daß sich ihre Lage von der freier Colonen und Hoftagelöhner wenig unterscheidet.

Vom römischen Standpunkte aus ist eine sittliche Rechtfertigung der Sklaverei unmöglich, und die römischen Juristen anerkennen auch, daß naturali jure omnes homines liberi nascuntur, und daß die Sklaverei jure gentium contra naturam eingeführt sei. Vermöge seiner natürlichen Freiheit aber hat der Mensch das Recht, andere seiner Herrschaft zu unterwerfen, und wie eine solche Unterwerfung auch sittlich zu beurtheilen sein möge, rechtlich ist der Unterworfene der Sklave des Siegers und der Willensherrschaft desselben absolut unterworfen. Er ist eben ein mancipium [15]), d. h. ein überwältigter Feind, mit dem der Sieger zu verfahren berechtigt ist, wie ihm beliebt. Demgemäß wird denn die Sklaverei von den Römern auch einfach als ein absolutes Herrschaftsverhältniß construirt, und der Sklave rechtlich nicht als Mensch, sondern als Sache aufgefaßt. — Freilich reagirt später das sittliche Gefühl der Römer auch hier gegen entschieden unsittlichen Mißbrauch der dominica potestas, und unter den Kaisern werden Herren, welche ihre Sklaven übermäßig gemißhandelt haben, gezwungen, dieselben zu verkaufen; es hat aber auch diese Beschränkung wiederum denselben Charakter, den alle ähnliche singuläre Bestimmungen haben.

---

[15]) L. 4. §. 3. D. de statu hominum. Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiuntur.

Interessant ist noch eine Vergleichung der Art und Weise, wie die römischen Juristen einer Seits und die Rechtsbücher des Mittelalters anderer Seits sich über die Sklaverei aussprechen, indem sie ein Licht auf die beiderseitigen Ansichten über Wesen und Entstehung des Rechts wirft. Die römischen Juristen sind, wie eben erwähnt, darüber gar nicht zweifelhaft, daß naturali jure alle Menschen frei seien, und daß die servitus nur eine constitutio juris gentium sei, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur[16]), auch finden wir in der unten erwähnten L. 64. D. de cond. ind. eine interessante praktische Folge dieser Ansicht. Dessenungeachtet fällt ihnen nicht im Entferntesten ein, an dem Rechtsbestande der Sklaverei zu zweifeln, eben weil sich von ihrem Standpunkte aus ganz von selbst versteht, daß ein Volk bei seiner Legislation an die Grundsätze der Sittlichkeit nicht gebunden ist, und weil das Recht nicht aus der Sittlichkeit, sondern aus dem Willen des Volkes entspringt. — Die Rechtsbücher des Mittelalters[17]) stellen ebenfalls Untersuchungen über den Ursprung der Sklaverei an. Ausgehend von dem Satze, daß Gott den Menschen nach seinem Bilde geschaffen, auch den einen so gut wie den andern durch sein Leiden erlöst habe, und ihm der Arme so lieb sei als der Reiche, erklärt der Verfasser des Sachsenspiegels, er könne nicht begreifen, daß jemand sollte des andern eigen sein, und nach Verwerfung der verschiedenen Annahmen über den Ursprung der Hörigkeit, wodurch diese als ein sittlich gerechtfertigtes Institut dargestellt werden soll, kommen sie zu dem Resultate, daß nach rechter Wahrheit diese Eigenschaft ihren Ursprung

---

[16]) L. 4. §. 1. D. de statu hominum. Vgl. L. 64. D. de cond. indebiti.

[17]) Sachsenspiegel III. 42. Weichbild Art. II.

hat in „unrechter Gewalt, die man von Alters her in unrechte Gewohnheit gezogen habe und nun für Recht haben wolle", „und das ist", setzt das Weichbild hinzu, „vor Gott unrecht". — Sie theilen also in Betreff des factischen Ursprungs der Sklaverei die Ansicht der römischen Juristen, und stimmen mit ihnen darin überein, daß die Sklaverei sittlich verwerflich sei, ziehen aber im Gegensatz zu diesen daraus den Schluß, daß die Sklaverei daher in Wahrheit gar nicht zu Recht bestehe, sondern nur ein Product unrechter Gewalt sei, das man fälschlich für Recht ausgebe. Das heißt mit anderen Worten: weil das Recht in letzter Instanz aus dem göttlichen Willen entspringt, folglich auch nur dasjenige Recht sein kann, was dem göttlichen Willen entspricht, und ein gesatzt Recht natürlich Recht nicht abthun kann, so kann auch ein Rechtsverhältniß, das die Menschen wider Gottes Willen durch widerrechtliche Gewalt geschaffen haben, nicht rechtsbeständig sein, und wird mit Unrecht für Recht ausgegeben.

§. 22.

Bedeutung des Familienrechts für das übrige Recht.

Das Familienrecht eines Volkes ist von der größten Bedeutung für das Verständniß des ganzen Rechts. In der Gestaltung des Familienrechts tritt die Rechtsidee eines Volkes am klarsten und bestimmtesten hervor, weil im Familienleben die sittlichen Beziehungen der Menschen zu einander am schärfsten und lebendigsten sich zeigen, und in der Art der Behandlung dieser sittlichen Beziehungen eben der specifische Charakter eines Rechts beruht. Wenn daher einem Rechte eine bestimmte Eigenschaft vindicirt wird, wie dem römischen Rechte der Charakter der Universalität, so wird die Probe vor allem am Familienrechte

gemacht werden müssen. Kann man dem römischen Familienrechte, und zwar nicht in der verstümmelten Gestalt, wie es im Corpus juris erscheint, sondern in der principiengemäß durchgebildeten Form, wie es zur Zeit der classischen Jurisprudenz galt, den Charakter der Universalität nicht zugestehen, so muß dieser Charakter auch dem ganzen römischen Rechte abgesprochen werden. Steht das römische Familienrecht mit unserem sittlichen Bewußtsein in Widerspruch, so gilt dies auch von dem ganzen römischen Rechte. Der Unterschied ist nur, daß der Widerspruch dort klarer zu Tage liegt, hier mehr verdeckt ist; wer aber den Widerspruch dort nicht läugnen kann und daneben zugestehen muß, daß das ganze Recht eines Volkes ein organisches Ganze bildet, wird auch anerkennen müssen, daß der im Familienrechte zu Tage kommende Widerspruch selbst dann als ein durchgehender angesehen werden müsse, wenn er auf den anderen Rechtsgebieten auch für unser Bewußtsein verschwunden sein sollte.

Das Familienrecht eines Volkes ist aber nicht blos für das Verständniß des ganzen übrigen Rechts von der größten Bedeutung, es hat auch auf die Gestaltung desselben einen unmittelbaren Einfluß. Die Familie ist älter als der Staat; sie ist das erste Band, welches Menschen mit einander verbindet, das erste Rechtsverhältniß, in dem Menschen zu einander stehen. Daher hat denn auch das Familienrecht, vorausgesetzt, daß sich in ihm die sittliche Idee der Familie realisirt hat, und nicht schon hier Recht und Sittlichkeit so scharf geschieden werden, wie dies im römischen Rechte geschieht, einen typischen Charakter, indem, wenn neue Rechtsverhältnisse sich bilden, bei denen die Möglichkeit einer Anknüpfung und analoger Behandlung vorhanden ist, das bereits bestehende Rechtsverhältniß für sie das natürliche Vorbild ist.

Dieser typische Charakter ist dem germanischen Familienrechte in hohem Maaße eigen, und wir finden im germanischen Rechte eine doppelte Reihe von Rechtsverhältnissen, von denen die eine sich an das durch die Familie begründete Fraternitätsverhältniß anlehnt, und eine demselben analoge sittliche Zusammengehörigkeit erzeugt, die andere aber daneben auch zugleich das Verhältniß sittlicher Unterordnung nachbildet, wie es im Kreise der häuslichen Gemeinschaft in den verschiedenen Beziehungen gilt. — Dem Fraternitätsverhältnisse nachgebildet sind die verschiedenen Verbindungen, welche unter dem Namen von Gilden, Verbrüderungen, Innungen, Zünften rc. eine so bedeutende Rolle im ältern germanischen Rechtsleben spielten, deren Grundsatz eben ist, ut unus subveniat alteri, tamquam fratri in utili et honesto, und deren specifischer Charakter im Gegensatze zu der römischrechtlichen Societät eben darin besteht, daß durch sie ein zu besonderer Treue verpflichtendes Verhältniß sittlicher Zusammengehörigkeit geschaffen wird. Sodann ist diesem Verhältnisse namentlich auch nachgebildet die alte germanische Gemeindeverfassung. — Der zweiten Art angehörig sind die durch den Gesindecontract, Gesellen- und Lehrlingscontract rc. begründeten Verhältnisse, deren specifischer Charakter im Gegensatze zu den entsprechenden römischen Contracten wiederum eben darin besteht, daß die Contrahenten sich nicht bestimmte Leistungen einander zusagen, und im Uebrigen unabhängig von einander bleiben, sondern in ein bestimmtes, die Verpflichtung gegenseitiger Treue begründendes und mit einer Unterordnung des Einen unter die sittliche Herrschaft des Andern verbundenes Verhältniß zu einander treten, und der Erstere gewissermaaßen als Glied der Familie in das Haus aufgenommen und der Zucht des die

Ordnung des Hauses handhabenden Hausvaters unterworfen wird. Ferner gehören hieher die verschiedenen vogteilichen Verhältnisse, so wie die Gefolgschaften des ältesten germanischen Rechts, und im weitern Sinne die aus diesen historisch erwachsene germanische Monarchie. — Was nämlich den wesentlichen Charakter des germanischen Familienrechts bildet, ist eines Theils die ihrem höhern Zwecke entsprechend sittlich beschränkte Natur der Herrschaft des Mannes über Weib und Kinder, neben der diese Letzteren ihre bestimmte rechtliche Stellung dem Manne gegenüber haben, und andern Theils der in der sittlichen Natur der einzelnen Verhältnisse liegende Rechtsgrund jener Herrschaft, vermöge dessen diese gleichsehr wie als Recht, als Pflicht und als Amt sich charakterisirt. Die Familie nach germanischem Rechte ist ein sittlich geordnetes Ganze, in dem jedem Mitgliede seine Stellung und Function zugewiesen ist, und dem Familienvater der Beruf zufällt, für Aufrechthaltung der Zucht und Ordnung Sorge zu tragen und dem Hause „vorzustehen nach seinem Rechte". Als sittlich geordnetes Ganze ist demnach die Familie als Vorbild des sittlich geordneten Staates, und so finden wir denn auch die der individuellen Färbung entkleideten und auf ihre allgemeine Bedeutung zurückgeführten Principien des germanischen Familienlebens als Grundprincipien der germanischen Monarchie wieder. —

Ein typischer Charakter in diesem Sinne fehlt dem römischen Familienrechte natürlich ganz. Bei der Art und Weise, wie das Rechtsverhältniß des paterfamilias zu Weib und Kindern construirt ist, kann es begreiflicher Weise in keiner Beziehung ein Vorbild für die Gestaltung von Rechtsverhältnissen für freie Menschen werden; im Gegentheil bewährt sich grade

darin der eigenthümliche Charakter des vom Begriffe des Subjects ausgehenden römischen Rechts, daß auch das Familienrecht von diesem Begriffe aus construirt, und demgemäß der paterfamilias nebst seiner ganzen Familie juristisch nicht als ein Complex mehrerer zusammengehöriger Personen, sondern als eine Person aufgefaßt und behandelt wird. —

Zweiter Abschnitt.

Das Sachenrecht.

Erstes Capitel.

Das Eigenthum.

---

§. 23.

Entstehung und Rechtsgrund des Eigenthums.

Von der Entstehung und dem Rechtsgrunde des Eigenthums ist in sofern bereits die Rede gewesen, als dasjenige, was oben über die Entstehung des Rechts im subjectiven Sinne gesagt ist, vom Eigenthume zunächst und vorzugsweise gilt. Es bedarf hier daher nur einer kurzen Wiederholung des Resultats.

Die Römer führen die Entstehung des Eigenthums auf das Princip der Beute zurück. Im Zustande der natürlichen Freiheit gilt das Recht des Stärkern. Was der Mensch haben will, und seiner Herrschaft zu unterwerfen vermag, — quod manu cepit, — ist nach dem Recht der Stärke sein Eigenthum; es gehört ihm, weil er es haben will und diesen Willen durchzusetzen vermochte. Der Rechtsgrund des Eigen-

thums ist also der Wille des Erwerbers und seine physische Macht, diesen Willen zu realisiren, und die Gründung des Staates bewirkt nur in sofern eine Veränderung dieses Zustandes, als vermöge des im Staate liegenden Schutz- und Trutzbündnisses jetzt der Wille des Besitzers durch den Willen der Gesammtheit geschützt wird.

Die Germanen dagegen führen die Entstehung des Eigenthums auf das Princip des Lehens im höhern Sinne des Wortes zurück. Das Sittengesetz verbietet schon vor dem Staate dem Besitzer dasjenige, was er auf sittlich erlaubte Weise erworben, wider seinen Willen mit Gewalt zu nehmen, und erzeugt in allen Menschen die sittliche Verpflichtung, den Schwächeren gegen Gewalt und Unrecht zu schützen. Danach gehört dem Einzelnen dasjenige, was er erworben hat, nicht deswegen, weil er es haben wollte und diesen Willen thatsächlich zu realisiren vermochte, sondern deswegen, weil er es auf sittlich erlaubte Weise erworben hat, und weil das Sittengesetz die willkürliche Verletzung der so entstandenen Herrschaftsverhältnisse verbietet. Der Rechtsgrund des Eigenthums ist demzufolge die aus dem Sittengesetz entspringende sittliche Berechtigung, die Sache zu haben, und weil das Sittengesetz selbst seinen Ursprung in Gott hat, in letzter Instanz Gott, so daß also jedes Eigenthum als ein dem rechtmäßigen Besitzer von Gott verliehenes und durch sein Gebot geschütztes Recht zu betrachten ist.

Wie dieser Gegensatz in den alten Traditionsformeln des römischen und germanischen Rechts und in den Rechtsformen zur Vertheidigung des Rechts sich ausspricht, ist bereits erörtert, und dabei die damit zusammenhängende, dem römischen Rechte eigenthümliche Usucapion erwähnt. Hier sind daher

nur noch zwei andere aus demselben Gegensatze entspringende Verschiedenheiten hervorzuheben.

1) Die erste betrifft die Lehre von der Occupation. Das römische Recht führt den Grundsatz, daß herrenlose Sachen von jedem occupirt werden können und dem Occupanten gehören, consequent aber auch zugleich rücksichtslos durch, so daß selbst Sachen eines Verstorbenen als herrenlos betrachtet werden, und daher pro herede usucapirt werden können. — Im germanischen Rechte ist dagegen auch das Occupationsrecht mehrfach durch sittliche Rücksichten beschränkt. So ist z. B. das Jagdrecht durch die zur Schonung des Wildstandes bestehenden Jagdgesetze beschränkt; der Schatz, weil er eigentlich nicht herrenlos ist, sondern nur der Berechtigte nicht ermittelt werden kann, kein Gegenstand des Occupationsrechts, sondern Eigenthum des Königs, und ebenso erblose Sachen.

2) Die zweite wichtigere Verschiedenheit betrifft die Eigenthumsübertragung. Nach der römischen Ansicht, nach der die physische Herrschaft die Grundlage und der Rechtsgrund des Eigenthums ist [1]), vermittelt sich der Eigenthumsübergang bei der Tradition dadurch, daß, nachdem von Seiten des Tradenten durch Aufgabe seines Rechts das dem Erwerbe des Eigenthums entgegenstehende Hinderniß beseitigt ist, der Erwerber die factische Herrschaft und durch sie das Eigenthum der Sache durch Besitzergreifung erlangt. Daher ist der Besitzerwerb wesentliches Requisit des Eigenthumsüber-

---

[1]) Dieser Grundsatz spricht sich unter Anderem auch in der Lehre vom Eigenthum an wilden Thieren aus, welches nur so lange besteht, als die physische Herrschaft dauert; also bei ungezähmten Thieren, so lange sie sich in der unmittelbaren Gewalt des Eigenthümers befinden; bei gezähmten, so lange sie den **animus revertendi** haben.

gangs; ohne den Erwerb des Besitzes wird auch kein Eigenthum erworben. Wie im Uebrigen die Besitzübertragung vorgenommen wird, ob öffentlich oder heimlich, das ist wenigstens nach späterem Recht gleichgültig, weil eben nur der Wille des Erwerbers und die thatsächliche Realisirung dieses Willens in Betracht kommt. —

Nach der germanischen Ansicht dagegen, nach welcher der Rechtsgrund des Eigenthums in der sittlichen Berechtigung des Erwerbers liegt, vermittelt sich der Eigenthumsübergang durch die aus der Willenseinigung des Tradenten und Empfängers entspringende sittliche Berechtigung, und es ist, weil diese von der Einräumung des Besitzes unabhängig ist, diese Letztere kein nothwendiges Requisit des Eigenthumserwerbes. Sie kann freilich, weil der Besitz zur praktischen Realisirung des Eigenthums gehört, damit verbunden werden, und die Besitzeinräumung ist in sofern eine ganz natürliche Form der Eigenthumsübertragung, als sich in ihr der Wille der Betheiligten thatsächlich und unzweifelhaft ausspricht. Allein sie ist aus jenem Grunde eben nicht die einzig mögliche Form, vielmehr kann der Eigenthumsübergang auch durch andere Acte, welche den Willen der Betheiligten bekunden, vermittelt werden. Solche Acte sind namentlich: gerichtliche Auflassung, und die später an deren Stelle getretene Umschreibung in Stadt-, Grund- und Lagerbüchern[2]), Investitur beim Lehen, Ertheilung des Grundbriefes bei Leihen, ferner Uebergabe der das Eigenthum beweisenden Urkunden, Uebersendung

[2]) Bei Kuxen die Notirung im Gegenbuche; bei Schiffsparten Eintragung in die Schiffsregister (nach englischem Rechte) oder Verlassung vor dem Rathe (nach älteren Stadtrechten).

des Connossements [3]). Ja, an und für sich würde selbst ein bloßer Vertrag für genügend gehalten werden können, wie das französische Recht dies auch in Bezug auf Mobilien annimmt.

Die Eigenthumsübertragung soll jedoch nicht nur zwischen dem Tradenten und Empfänger Rechtswirkungen erzeugen, sondern auch allen dritten Personen gegenüber in sofern, als diese den Empfänger in Zukunft als den rechten Eigenthümer zu respectiren dadurch verpflichtet werden. Daher fordert die Rücksicht auf diese, welche theils an und für sich aus mancherlei Gründen dabei interessirt sein können, von dem Eigenthumsübergange Kenntniß zu erhalten, theils möglicher Weise der Uebertragung aus irgend einem Grunde widersprechen könnten, daß dieselbe in einer für Alle erkennbaren Weise vor sich gehe.

---

[3]) Wie sehr dabei der Begriff der sittlichen Berechtigung durchschlagend ist, spricht sich in einer eigenthümlichen, vom römischen Standpunkte aus unfaßlichen, Modification des Eigenthumsüberganges durch Uebersendung des Connossements aus. Nach der Absicht der Betheiligten soll der Empfänger des Connossements über die Waaren disponiren können, und er kann daher durch Uebertragung des Connossements auch sein Recht an der Waare auf Dritte übertragen. Der Empfänger des Connossements wird jedoch nicht unwiderruflich und ohne Rücksicht darauf, ob er den Kaufpreis gezahlt hat, Eigenthümer der Waare, weil ihm, wenn er seiner Seits nicht erfüllt hat, und nicht erfüllen kann, die sittliche Berechtigung fehlt, die Waare zu behalten. Daher hat nach einzelnen Handelsrechten der Absender im Falle des Concurses das Recht, die unbezahlte Waare zu revindiciren, jedoch nur aus der Masse, nicht wenn das Connossement an einen Dritten übertragen ist, weil diesem jene sittliche Berechtigung nicht fehlt. — Uebrigens wird natürlich die Gültigkeit der hier zuletzt erwähnten Uebertragungsarten von den Romanisten als gemeines Recht bestritten. Längere Zeit erhielten sich dieselben in der Lehre von der symbolischen Tradition, durch welche Doctrin und Praxis sie in das römische Recht hinein zu interpretiren suchten, bis Savigny die Unhaltbarkeit dieses Versuches nachwies und damit jener Praxis ein Ende machte.

Eine heimliche Eigenthumsübertragung giebt Gelegenheit zu allerlei unerlaubten Täuschungen, und kann daher dem Erwerber denen gegenüber, welchen sie verheimlicht worden, keine sittliche Berechtigung geben. Aus dieser Rücksicht entspringt für Eigenthumsübertragungen das Requisit der Publicität, und die Wirkung dieses Requisits ist eine doppelte.

a) Bei Immobilien würde durch die bloße Besitzübertragung bei der vielleicht nur die zunächst Betheiligten gegenwärtig sind und von der folglich, da die geschehene Besitzübertragung dem Grundstücke nicht anzusehen ist, möglicher Weise niemand sonst Kenntniß erhalten würde, jener Forderung nicht genügt werden, und es bedarf daher bei ihnen zur Eigenthumsübertragung um so mehr einer öffentlichen Handlung, als grade bei Grundstücken ein größeres Interesse der Kenntnißnahme für Dritte existirt, und Einsprüche der verschiedensten Art denkbar sind. Daher genügt zur Eigenthumsübertragung bei Grundstücken die bloße Tradition nicht, vielmehr bedarf es dazu einer gerichtlichen Auflassung, Umschreibung zu Stadtbuch u. s. w., und bei abgeleitetem Eigenthum einer neuen Investitur oder Verleihung von Seiten des Lehens- oder Grundherrn.

b) Bei fahrender Habe dagegen erhält die Besitzübertragung bereits die genügende Publicität, weil eines Theils dabei wegen des freieren Dispositionsrechts des Eigenthümers weniger Widersprüche möglich sind, andern Theils aber auch die Uebertragung einer beweglichen Sache aus der Gewere des bisherigen Besitzers in die des Empfängers schon von selbst ein äußerlich genügend erkennbarer Act ist. Daraus aber, daß bei der Veräußerung von beweglichen Sachen die Uebertragung des Besitzes als ein mit der erforderlichen Publicität versehener Ueber-

tragungsact anzusehen ist, folgt nun auch weiter, daß wenn eine solche Besitzübertragung stattgefunden hat, jeder Dritte befugt ist, sie als eine Eigenthumsübertragung anzusehen, also, ohne weiter den speciellen Verabredungen zwischen dem Tradenten und Empfänger nachzuforschen, den Besitzer für den rechten Eigenthümer zu halten, und die weitere Folge davon ist die, daß demjenigen, der den Besitz seiner Sache einem Andern eingeräumt hat, im Falle, daß dieser sie an einen Dritten veräußert, die sittliche Berechtigung fehlt, sie von dem Dritten, der sie in gutem Glauben kaufte, zu vindiciren. „Hand muß Hand wahren.“ —

§. 24.
Begriff des Eigenthums.

Der Verschiedenheit der Ansichten über Entstehung und Rechtsgrund des Eigenthums entsprechend, gestaltet sich denn auch, wie ebenfalls in dem Abschnitte über das Recht im subjectiven Sinne bereits ausgeführt ist, der Begriff des Eigenthums verschieden.

Ist der Rechtsgrund des Eigenthums in dem Willen und der thatsächlichen Realisirung dieses Willens zu finden, so wird auch Inhalt und Umfang der Herrschaft lediglich durch den Willen des Eigenthümers bestimmt, und daher ist Eigenthum nach römischem Begriffe ein Recht absoluter Herrschaft über die Sache. Das Dispositionsrecht des Eigenthümers geht so weit, als die factische Möglichkeit über die Sache zu verfügen reicht, und diese in der natürlichen Freiheit des Menschen begründete Beschaffenheit des Eigenthums erleidet durch die Gründung des Staates keine principielle Veränderung, sondern nur eine äußerliche Beschränkung in sofern, als diejenigen

Dispositionen unstatthaft werden, welche einen directen Eingriff in die Rechtssphäre eines Andern, z. B. des Eigenthümers eines benachbarten Grundstückes, involviren.

Wird dagegen der Rechtsgrund des Eigenthums in der sittlichen Berechtigung des Besitzers gefunden, so wird natürlich auch Inhalt und Umfang der Herrschaft durch den Begriff der sittlichen Berechtigung bestimmt, und Eigenthum nach germanischem Begriffe ist daher ein Recht sittlicher Herrschaft über die Sache, d. h. eine Herrschaft über die Sache, vermöge deren der Eigenthümer dieselbe ihrem sittlichen Zwecke gemäß zu gebrauchen berechtigt aber auch zugleich verpflichtet ist. Die Sache ist eben ein Lehen, das der Mensch von Gott empfangen hat, um ihm damit zu dienen, und für dessen Gebrauch er Gott verantwortlich ist.

Aus diesen Begriffsfassungen ergiebt sich zunächst für das römische Recht, daß die verschiedene Natur der einzelnen Sachen auf den Begriff des Eigenthums keinen Einfluß haben kann, daß der Inhalt und Umfang der im Eigenthum liegenden Rechte vielmehr bei Mobilien und Immobilien, bei leblosen Sachen, Thieren und Sklaven überall derselbe ist, d. h. daß alle gleichmäßig der absoluten Herrschaft des Eigenthümers unterworfen sind; für das germanische Recht dagegen, daß die Individualität der einzelnen Sachen auf Inhalt und Umfang der im Eigenthum liegenden Rechte einen wesentlichen Einfluß hat, das Eigenthum an den verschiedenartigen Sachen also ein verschiedenes ist. In dieser Beziehung macht sich zunächst als Hauptunterschied geltend der Unterschied zwischen Grundstücken und fahrender Habe, indem die Bedeutung der ersteren für das Wohl der Gesammtheit und folglich auch das öffentliche Interesse an der rechten Ausübung der

Herrschaft über sie weit größer ist, als die der letzteren, daher auch dem individuellen Ermessen des Eigenthümers bei diesen ein größerer Spielraum gewährt werden kann, als bei jenen. Wie sodann bei der fahrenden Habe die Rechte des Eigenthümers wieder verschieden sind an leblosen Sachen, Thieren (Verbote der Thierquälerei) und Leibeigenen, in sofern das Herrschaftsrecht über diese letzteren überhaupt unter den Begriff des Eigenthums gebracht werden kann, so hat auch bei den verschiedenen Immobilien der Unterschied zwischen Herrschaften, Rittergütern, städtischen Grundstücken und Bauergütern einen Unterschied zwischen den den Besitzern zustehenden Rechten zur Folge. Auch ist hier der Unterschied zwischen Erbgut und gewonnenem Gut zu erwähnen, der auf dem natürlichen Gedanken beruht, daß der Mensch mit demjenigen, was er durch eigene Thätigkeit erworben, freier zu schalten berechtigt ist, als mit dem, was durch Erbgang auf ihn gekommen und gewissermaaßen als Eigenthum der Familie zu betrachten ist.

Der germanische Eigenthumsbegriff hat hiernach nicht, wie der römische, einen unveränderlichen allgemein gültigen Inhalt, sondern erhält seinen concreten Inhalt erst durch die Individualität der das Object desselben bildenden einzelnen Sache, grade so wie auch der Inhalt der im mundium liegenden Rechte erst durch die besondere Natur des einzelnen Schutzverhältnisses bestimmt wird. Auf seinen allgemein gültigen Inhalt zurückgeführt und als Gattungsbegriff gefaßt, ist das Eigenthum nur das Recht (und die Pflicht), eine Sache ihrem sittlichen Zwecke gemäß zu beherrschen und zu gebrauchen, ihr, wenn man diesen Ausdruck gebrauchen darf, „vorzustehen nach ihrem Rechte."
So allgemein gefaßt aber unterscheidet sich das Eigenthum nur

noch wenig von dem Rechte desjenigen, der, ohne Eigenthümer zu sein, aus irgend einem andern Grunde die Herrschaft über eine Sache hat, wie z. B. der Mann über die Güter seiner Frau und Kinder, der Vormund über die Güter seines Mündels u. s. w., und es liegt daher in der Natur der Sache, daß statt des das römische Sachenrecht beherrschenden Eigenthumsbegriffs an der Spitze des germanischen Sachenrechts ein anderer allgemeinerer Herrschaftsbegriff steht, der die zuletzt gedachten Herrschaftsverhältnisse mit umfaßt. Denn es ist nicht nur ein logisches Bedürfniß, einen solchen allgemeinen Herrschaftsbegriff festzustellen, sondern es ist auch bei allen einzelnen Herrschaftsverhältnissen gleichmäßig das praktische Bedürfniß vorhanden, zu wissen, unter wessen Herrschaft die Sache steht, wer demzufolge einer Seits über dieselbe zu disponiren und dieselbe nach außen zu vertreten befugt ist, und an wen anderer Seits sich jeder Dritte in Betreff derselben zu halten hat. Dieser allgemeine Herrschaftsbegriff ist der Begriff der Gewere, der dem eben Gesagten gemäß, sowohl seiner sprachlichen wie juristischen Bedeutung nach, weniger die Natur und den Inhalt des Herrschaftsrechts als vielmehr die Befugniß des Berechtigten, die Sache nach außen hin zu vertreten, jedem Dritten gegenüber sich als Herrn zu geriren und in Betreff der Sache Recht zu geben und zu nehmen, in den Vordergrund treten läßt [1]).

§. 25.

Rechte des Eigenthümers.

Die Rechte des Eigenthümers ergeben sich aus dem eben erörterten Eigenthumsbegriffe von selbst. Danach ist der Ei-

[1]) Vergl. Albrecht, Gewere S. 9 ff.

genthümer nach römischem Rechte befugt, mit der Sache zu schalten, wie ihm beliebt, in sofern sein Recht nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen beschränkt ist, nach germanischem Rechte dagegen nur zu einem sittlichen Gebrauche seiner Herrschaft berechtigt, und diese Berechtigung zugleich eine Pflicht, deren Nichterfüllung unter Umständen verschiedene Nachtheile und selbst Verlust des Eigenthums (Verjährung, Verpflichtung zur Abtretung wüster Hausplätze u. s. w.) zur Folge haben kann.

Betrachten wir von diesem Gesichtspunkte aus die einzelnen im Eigenthum enthaltenen Rechte, so steht natürlich zunächst

1) das Recht des Fruchtgenusses dem Eigenthümer sowohl nach römischem als nach germanischem Rechte zu; allein das Princip, worauf dieses Recht beruht, ist hier ein anderes als dort. Während nämlich nach römischem Rechte dem Eigenthümer einer fruchtbringenden Sache die Früchte derselben aus dem Grunde gehören, weil sie durch jene erzeugt sind, und es keinen Unterschied macht, ob der Eigenthümer oder ein Anderer sie gesäet hat, steht nach germanischem Rechte dem Eigenthümer nur das Recht der Fruchtgewinnung zu, und das Recht auf die Industrialfrüchte ist folglich dadurch bedingt, daß er den Boden auch wirklich bebauen kann und bebauet, indem darauf, daß er in Betreff der Fruchtgewinnung dasjenige thut, was ihm als Eigenthümer obliegt, nicht blos auf der Thatsache des Eigenthums seine sittliche Berechtigung zum Genusse der Früchte beruht. Hiernach entscheidet sich, wem bei der Trennung des Lehens vom Allod die Früchte zufallen, und hieraus ergiebt sich die allgemeine Regel des älteren Rechts, daß, wenn der Eigenthümer sein Vermögen nicht selbst verwalten kann, der Vormund, der die Last der Verwaltung trägt, auch die Früchte zu ziehen berechtigt ist (tutela fructuaria,

Nießbrauchsrecht des Vaters und Ehemannes an den Gütern der Ehefrau und der Kinder, Lehensvormundschaft, Interimswirthschaft), so wie das Institut des Altentheils. — Auch in anderer Weise ist das Recht der Fruchtgewinnung noch verschieden. Nach römischem Princip ist dieses Recht ein unbeschränktes; der Eigenthümer kann den Boden benutzen, ganz wie es ihm beliebt und am vortheilhaftesten scheint. Nach deutschem Princip unterliegt auch dieses Recht den durch das Gemeinwohl und billige Rücksicht auf Dritte geforderten Beschränkungen. Daher z. B. bei kleineren Grundstücken, wie Stadt- und Bauerfeldern, welche in Bezug auf die Weide ein wirthschaftliches Ganze bilden müssen, obrigkeitliche Regulirung der Wirthschaft, bei größeren Gütern Verbot der willkürlichen Bauernlegung, bei Forsten und Bergwerken Oberaufsicht des Staates oder Regalität u. s. w.

2) Recht der Disposition über die Substanz. Nach römischem Princip geht das Dispositionsrecht des Eigenthümers über die Substanz so weit, als die factische Möglichkeit reicht, über dieselbe zu verfügen, und es ist nur eine natürliche Consequenz dieses Princips, wenn z. B. die Zwölftafeln den Creditoren, denen ein insolventer Schuldner als Schuldknecht addicirt wird, gestatten, denselben in Stücke zu zerschneiden. Nach germanischem Princip dagegen wird das Recht der Disposition über die Substanz durch die Natur und den höhern sittlichen Zweck der einzelnen Sachen bestimmt. Daher macht sich hier besonders der Unterschied zwischen fahrender Habe und Immobilien geltend. Die Erstere ist ihrer Natur nach zum Verbrauche bestimmt, sie wird durch den Gebrauch unmittelbar oder allmälig consumirt, und es liegt daher in der Natur der Sache, daß der Eigenthümer bei ihr auch über die Substanz

zu verfügen berechtigt ist, und daß die Art der Ausübung dieses Rechts seinem Gewissen überlassen bleibt. Der Grund und Boden dagegen ist bleibend zur Ernährung des Menschengeschlechts bestimmt, und aus der Natur des Processes der Fruchterzeugung ergeben sich bestimmte Regeln nicht nur über die Bebauung, sondern auch namentlich über die Theilung des Bodens. Zu große Güter können nicht gehörig bebauet werden; zu kleine reichen zur ehrlichen Ernährung einer Familie nicht aus, und eine verkehrte Theilung des Grundeigenthums ist nicht nur für den Wohlstand, sondern auch für das ganze sittliche und politische Leben des Volkes von den nachtheiligsten Folgen. Daraus aber, daß das Gemeinwohl bei der richtigen Theilung des Grundeigenthums wesentlich interessirt ist, und die nachtheiligen Folgen von Fehlgriffen oft nur mit großer Schwierigkeit oder auch gar nicht wieder beseitigt werden können, folgt von selbst, daß der Eigenthümer nicht sittlich berechtigt sein kann, aus Gründen augenblicklichen Vortheils oder aus Laune Veränderungen in der Substanz und namentlich in der Vertheilung des Grundeigenthums vorzunehmen, welche dem Gemeinwohle schädlich sind. Nun ist aber die beste Theilung des Grund und Bodens eines der schwierigsten staatswirthschaftlichen und politischen Probleme, und häufig gewähren grade solche Veränderungen, welche dem Gemeinwohl entschieden schädlich sind, dem Einzelnen einen bedeutenden augenblicklichen Vortheil, und daraus entwickelt sich denn im Gegensatze zu dem das Princip des freien Eigenthums vertretenden römischen Rechte im germanischen Rechte ganz natürlich der Grundsatz, daß die Verfassung des Grundeigenthums Gegenstand des öffentlichen und Gemeinderechts ist, welches auf die bestehende Eintheilung des Grundeigen-

thums eine Menge anderer staatlicher und communaler Einrichtungen gründet, und daß Veränderungen daran nur mit Einwilligung der Staats- oder Gemeindeobrigkeit vorgenommen werden können, — ein Grundsatz, der theils mit voller Strenge festgehalten wird, theils wenigstens in sofern zur Geltung gelangt, daß dem späteren Eigenthümer die Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Reunions-, Reluitions- und Retractsrecht möglich gemacht wird.

3) Veräußerungsrecht. Aus dem römischen Eigenthumsbegriffe folgt natürlich wieder von selbst, daß der Eigenthümer das unbeschränkte Veräußerungsrecht nicht nur einzelner Sachen, sondern auch des ganzen Vermögens hat, und zwar sowohl durch Geschäfte unter Lebenden, als auch durch letztwillige Dispositionen. Es hängt demnach ganz von dem Willen des Einzelnen ab, ob sein Vermögen nach seinem Tode an seine natürlichen Erben kommen soll, oder an Fremde, und es bedarf selbst zur Enterbung der Kinder nur einer bezüglichen Willenserklärung. Freilich reagirt auch hier das sittliche Bewußtsein der Römer gegen einen zu argen Mißbrauch dieses Rechts, und so wird ein wirklicher Verschwender wie ein Wahnsinniger behandelt und unter Curatel gestellt, auch den ohne allen Grund enterbten Descendenten und Ascendenten, und unter Umständen den Brüdern durch die querela inofficiosi testamenti geholfen, mittelst welcher unter Anerkennug der Gültigkeit des Testaments, also des Princips der unumschränkten Dispositionsbefugniß, doch das Testament mit der Fiction, der Testator sei wahnsinnig gewesen, rescindirt wird.

Aus dem germanischen Eigenthumsbegriffe dagegen folgt ebenfalls von selbst, daß dem Eigenthümer nur ein sittlich beschränktes Veräußerungsrecht zusteht. Einer Seits versteht sich

von selbst, daß derselbe zu Veräußerungen, zu denen besondere Verhältnisse ihn zwingen, auch sittlich berechtigt ist; anderer Seits ist klar, daß eine muthwillige Verschwendung des Vermögens, dessen Aufkünfte zu besseren Zwecken verwandt werden können und sollen, sittlich unerlaubt ist, und daß bei den sittlichen und rechtlichen Beziehungen, in denen der Mensch zu seinen Kindern und sonstigen Blutsverwandten steht, in jeder Veräußerung, welche blos den Zweck hat, den natürlichen Erben dasjenige zu entziehen, was ihnen ohne jene Veräußerung zufallen würde, ein sittliches Unrecht gegen diese liegt. Die Kinder und sonstigen nächsten Blutsverwandten sind eben die Nächsten zur Erbschaft, und wie auf der Anerkennung dieses Verhältnisses das gesetzliche Erbfolgerecht beruht, so folgt daraus auch von selbst, daß der Einzelne sittlich nicht berechtigt ist, ohne besondere Gründe von dieser Erbfolgeordnung abzugehen, oder sie durch Veräußerungen unter Lebenden zu umgehen; vielmehr muß er als sittlich verpflichtet gedacht werden, das Vermögen, von dessen Aufkünften er lebt, und seine Kinder oder sonstigen Erben nach seinem Tode ihren Lebensunterhalt haben würden, für diese zu conserviren. In diesem Sinne kann man auch schon zu Lebzeiten des Besitzers sagen, daß sein Vermögen seinen Kindern oder sonstigen nächsten Erben gehöre, wie dieser Ausdruck denn auch wirklich im gewöhnlichen Leben und in den Rechtsbüchern des Mittelalters gebraucht wird [1]). Im Uebrigen aber versteht sich freilich auch hier wiederum aus den bereits angegebenen Gründen von selbst, daß bei der Erhebung jener sittlichen Vorschriften zu Rechtsvorschriften der Unterschied zwischen

---

[1]) So spricht auch Hegel von einem Vermögen der Familie und definirt die Erbfolge als ein Eintreten in den eigenthümlichen Besitz des an sich gemeinsamen Vermögens.

fahrender Habe und dem „Erbe“ wesentlich in Betracht kommt. Hieraus ergeben sich denn die Grundsätze des germanischen Rechts, daß der Eigenthümer auf den Todesfall überall nicht anders als mit Einwilligung seiner nächsten Erben über sein Vermögen verfügen darf [2]), und daß, die Veräußerungen durch Verfügungen unter Lebenden betreffend, derselbe das Erbe ebenfalls nur mit Einwilligung seiner nächsten Erben oder im Falle echter Noth, — wobei er dasselbe übrigens seinen Verwandten, als den Nächsten, zuvor anbieten muß [3]), — fahrende Habe dagegen zwar frei veräußern darf, jedoch nur so lange, als er selbst noch rüstig und zu seinen gewöhnlichen Berufsgeschäften fähig ist, also die Veräußerung nicht offensichtlich blos in Rücksicht auf sein baldiges Ende und auf Kosten seiner Erben geschieht, indem dabei der natürliche Gesichtspunkt obwaltet, daß, wer sein Gut noch selbst gebrauchen kann, und dasselbe also durch die Veräußerung sich selbst entzieht, dies zu thun sittlich berechtigt ist, daß aber, „wer sein Gut alsdann erst vergiebt, da er es nicht mehr genießen kann, nicht vergiebt das sein, sondern das seiner Erben ist [4]). Diese Bestimmungen galten und genügten bis zum Ein-

---

[2]) Nur bestimmte sittlich erlaubte Veräußerungen, z. B. zu Gunsten des überlebenden Ehegatten, der Kirche u. s. w., machen eine Ausnahme.

[3]) Näherrecht, Retractrecht, welches analog dann auch auf diejenigen ausgedehnt wird, welche wegen anderweitiger persönlicher Beziehungen als dem Eigenthümer näher stehend betrachtet werden müssen, wie z. B. Nachbarn, Gemeindegenossen u. s. w.

[4]) Daß dieser Gesichtspunkt den Bestimmungen zum Grunde liegt, nach denen die Dispositionsfähigkeit des Einzelnen von den bekannten Kraftproben abhängt, wird von der Glosse zum Sachsenspiegel I, 52, gradezu ausgesprochen. Nach ihr ist die Bestimmung des gesatzten (römischen) Rechts: „daß ein jeglich Mann wol all sein gut auf seinem siechbett einem fremden verschenken möchte, also daß seine Kinder darnach der Erbschaft

dringen des römischen Rechts. Als mit der Reception desselben der Grundsatz der freien Veräußerlichkeit alles Eigenthums zur Geltung kam, bedurften die Familieninteressen, wenn sie nicht Preis gegeben werden sollten, eines anderen Schutzes, und so erzeugte denn der germanische Eigenthumsbegriff, nachdem seine naturgemäße Realisirung durch das römische Recht unmöglich geworden war, das Institut der Stammgüter und Familienfideicommisse.

4) Recht der Ausschließung Dritter. In dem Begriffe des Eigenthums, als eines Einzelrechts, liegt natürlich die Befugniß, Dritten die Vornahme von Handlungen zu untersagen, zu welchen eben der Eigenthümer als solcher befugt ist, und welche daher, wenn sie von Nichtberechtigten vorgenommen werden, einen Eingriff in das Recht des Eigenthums enthalten. Je nachdem das Eigenthum aber als ein Recht absoluter oder sittlicher Herrschaft über die Sache aufgefaßt wird, wird nothwendig auch jene Befugniß als eine absolute oder sittlich beschränkte betrachtet werden müssen. — Nach römischem Princip ist demnach das Ausschließungsrecht des

darben und nach brod gehen müßten", „wider alle Natur" — — „Und", heißt es weiter, „haben die Sachsen unter sich das Recht gemacht, daß wer ichts vergeben will, möge solches thun, dieweil er es leibs halben wol selber noch brauchen möchte. Denn wer sein Gut alsdann erst vergiebt, da er es nicht mehr genießen kann, der vergiebt nicht, das sein, sondern das seiner Erben ist — — Und ist wunder, daß solche leut und eltern zu finden, die ihre eigenen Leibeserben also übergehen, daß sie ihr hab und gut von denselben auf fremde leut wenden." — Sächsisch Lehenrecht Art. 62: „Bluchsal heißt, was der man leihet in Zweifel seines Leibes — Wer also Gut leihet, der leihet es wider Gott und wider Recht und wider seine Treue. — Er leihet nicht das sein ist, er leihet, das seines Herrn, oder eines andern ist, nach seinem Tode, während er es selbst bei seinem Leibe nicht entbehren will.

Eigenthümers ein unbedingtes. Es darf daher z. B. Niemand ein Grundstück wider den Willen des Eigenthümers betreten, und ebenso ist es schlechterdings unerlaubt, ohne dessen Willen irgend eine, wenn auch vielleicht ganz werthlose Sache sich anzueignen, und zwar so wenig überhaupt, als auch nur zum einstweiligen Gebrauch. In dem erstern liegt immer eine Injurie gegen den Eigenthümer, im zweiten ein furtum. Freilich kann unter Umständen der Eigenthümer als sittlich verpflichtet betrachtet werden, einem Dritten den Gebrauch seiner Sache zu gestatten, oder ihm auch eine Sache zu geben, z. B. einen Obdachlosen zu beherbergen oder einem Verhungernden Speise zu reichen ꝛc. — Nach römischem Princip aber bleiben diese sittlichen Verpflichtungen als solche dem Gewissen des Einzelnen überlassen, und ebenso wenig, wie der Staat seinem eigentlichen Zwecke gemäß sie zu Rechtspflichten erheben kann, ist auch der Dritte befugt, in der Voraussetzung, der Eigenthümer werde und dürfe als sittlicher Mensch dies oder jenes nicht verweigern, eine bestimmte Handlung vornehmen. — Aus dem dem germanischen Rechte zum Grunde liegenden Princip, daß die Menschen verpflichtet sind, sich in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, folgt aber, daß der Eigenthümer unter Umständen nicht nur sittlich, sondern auch rechtlich verpflichtet gedacht werden muß, einem Dritten die einstweilige Benutzung seiner Sache zu gestatten, oder ihm zur Abhülfe augenblicklicher Noth ꝛc. von seinem Eigenthume etwas zu geben. Wie von diesem Princip aus die alten germanischen Gesetze die Pflicht der Gastfreundschaft zur Rechtspflicht erheben, und wie aus diesem Grunde die im deutschen Rechte vielfach vorkommenden Schenkungspflichten, z. B. bei geschenkten Zünften ꝛc., beruhen, so galt es auch im Mittelalter als allgemeiner Grundsatz, daß

der Hungernde oder Bedürftige von den Früchten des Feldes und Waldes zu seinem augenblicklichen Bedarfe etwas zu nehmen berechtigt sei [5]), und als Folge dieses Rechtssatzes hat sich nicht nur in der Ansicht des Volkes, sondern auch im gemeinen Criminalrechte das Princip erhalten, daß Entwendung von Feldfrüchten zum augenblicklichen Genusse, so wie Forstfrevel ꝛc. kein Diebstahl seien. — Ueberhaupt hat die Besonderheit des Eigenthumsbegriffs in der soeben erwähnten Rücksicht eine charakteristische, des Zusammenhangs wegen hier mit zu erwähnende Verschiedenheit der strafrechtlichen Behandlung des Diebstahls zur Folge. Nach römischem Rechte fällt, weil der Eigenthümer niemals die Rechtspflicht hat, seine Sache einem Andern zu geben oder zu leihen, und weil die sittliche Pflicht ganz dem subjectiven Ermessen desselben überlassen bleiben muß, jede animo lucri faciendi geschehene Sach- oder Gebrauchsentziehung unter den Begriff des Diebstahls. Nach germanischem Princip dagegen wird, weil die sittlichen Verpflichtungen des Einzelnen nach der germanischen Sittenlehre als nicht blos subjectiv bestimmbar, sondern als objectiv gewiß zu betrachten sind, und daher jeder Dritte berechtigt ist, über die Existenz solcher sittlichen Verpflichtungen ein Urtheil zu fällen, von einem Diebstahle nicht die Rede sein können, wenn derjenige, der eine fremde Sache sich aneignet oder zum einstweiligen Gebrauche nimmt, zu der Voraussetzung sittlich berechtigt war, der Eigenthümer werde und dürfe als sittlicher Mensch unter den obwaltenden Umständen sich nicht weigern, ihm die Sache zu geben oder zu leihen. Daher fällt zunächst die Wegnahme einer

---

[5]) Vgl. Grimm Rechtsalterthümer S. 209. s. v. drei Garben, S. 400 ff. 523. 554 ꝛc.

Sache zum einstweiligen Gebrauche im Gegensatze zum römischen Rechte überall nicht unter den Begriff eines Diebstahls und ebenso, wie bereits erwähnt, die Aneignung von Feldfrüchten 2c. zum eigenen Genusse. Daher wird ferner der dem römischen Rechte gleichfalls unbekannte Unterschied zwischen kleinem und großem Diebstahle gemacht, da die erwähnte Voraussetzung, von der jemand bei Entwendung von Kleinigkeiten möglicher Weise, wenn auch mit Unrecht, ausgehen mochte, bei Sachen von größerem Werthe jedenfalls nicht als möglich zugestanden werden kann. Daher wird endlich, während das römische Recht das furtum manifestum wegen der dabei bekundeten größern Frechheit des Diebes härter bestraft, als den heimlichen Diebstahl, von dem ältern deutschen Rechte Heimlichkeit grade als ein zum Thatbestande des Diebstahls erforderliches Moment betrachtet, und auch die an sich nicht criminell strafbare Entwendung von Feldfrüchten dadurch, daß sie zur Nachtzeit und heimlich geschieht, zu einem wirklichen Diebstahl, weil grade in der heimlichen Vornahme der Handlung sich das Bewußtsein des Mangels der obgedachten Voraussetzung ausspricht.

§. 26.

Besondere Rechte und Pflichten des Grundeigenthümers.

Von den Consequenzen des Eigenthumsbegriffs, welche sich besonders beim Grundeigenthume geltend machen, mögen hier nur folgende zwei erwähnt werden:

1) Die gegenseitigen Rechtsverhältnisse der Nachbarn. Das römische Recht geht bei der Feststellung dieser Verhältnisse einfach von dem Princip aus, daß die Nachbarn in gar keinem besondern Rechtsverhältnisse zu einander

stehen. Der zufällige Umstand, daß ihre Grundstücke an einander gränzen, begründet nur factische, nicht aber rechtliche Beziehungen unter ihnen, und daher regeln sich ihre gegenseitigen Rechtsverhältnisse einfach nach dem Princip, daß jeder von ihnen auf seinem Grund und Boden und in dem darüber befindlichen Luftraum ganz nach seinem Belieben zu schalten berechtigt ist, ohne Rücksicht darauf, ob dadurch dem Nachbar der Genuß seines Eigenthums verkümmert wird oder nicht, daß aber keiner von ihnen auf den Grund und Boden des Andern oder in dessen Luftraum kommen darf [1]). Eine consequente Durchführung dieses Princips ist jedoch praktisch ohne die größten Nachtheile nicht möglich, und daher finden sich auch im römischen Rechte einzelne Beschränkungen des Eigenthümers zu Gunsten des Nachbarn. So z. B. steht dem Eigenthümer eines Grundstücks zwar frei, seinem Nachbar die Quelle abzugraben und das diesem zufließende Regenwasser aufzufangen, aber man kann ihm nicht füglich gestatten, daß er durch künstliche Vorrichtungen das Regenwasser in einer dem Nachbar schädlichen Weise auf dessen Grundstück leite. So kann ferner der Eigenthümer zwar nach seinem Belieben und abgesehen von polizeilichen Beschränkungen ohne Rücksicht auf den dem Nachbar daraus erwachsenden Nachtheil bauen, indeß wird dem Nachbar, wenn er Besorgniß hat, daß das Gebäude einstürzen und dadurch ihm Schaden entstehen würde, das Recht zugestanden, sich für diesen Fall eine Caution bestellen zu lassen.

Anders das germanische Recht. Der allgemeine Grundsatz, daß die Menschen sich einander in allen rechten und sittli-

---

[1]) Vgl. Dirksen in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 2. Nr. XVI.

chen Dingen beizustehen verpflichtet sind und daß derjenige, der jemandem näher steht, als Andere, auch die nächste Pflicht zu solcher Hülfe hat, begründet aus einem ähnlichen Grunde, wie zwischen den Blutsverwandten, auch zwischen den Nachbarn besondere sittliche Beziehungen, indem diejenigen, die sich einander zunächst wohnen, auch die meiste Gelegenheit und Veranlassung haben, sich einander zu helfen und zu dienen, und in vielen Fällen eben die Nächsten sind, an welche der Einzelne mit seiner Bitte um Beistand gewiesen ist. Wie diese Auffassung des nachbarlichen Verhältnisses zu dem dem Familienretract nachgebildeten Nachbarrechte führt, so hat sie natürlich auch manche unmittelbare Beschränkungen der Rechte des Eigenthümers zur Folge, welche dem römischen Rechte unbekannt sind, indem das germanische Recht auch hier die sittlichen Pflichten, welche das römische Recht dem Gewissen des Einzelnen überläßt, zu Rechtspflichten erhebt. Hieher gehört zunächst die Pflicht des Eigenthümers, den Nachbar, der sonst nicht zu seinem Acker kommen kann, über sein Grundstück fahren zu lassen, so wie die Pflicht, demselben zu gewissen Zwecken das Betreten des Grundstücks zu gestatten, z. B. beim Bau Hammerschlags- und Leiterrecht, beim Pflügen, Recht der Anwende, bei der Jagd, um das angeschossene Wild oder die überlaufenden Hunde zu holen, Jägerrecht. — Sodann die natürlicher Weise vorzüglich in den Stadtrechten vorkommenden, oft sehr tief eingreifenden Beschränkungen des Gebrauchrechts des eigenen Grundstücks, in denen sich überall das Princip geltend macht, daß der Eigenthümer sein Grundstück nicht in einer Weise benutzen darf, durch welche er seinem Nachbar den Genuß des seinigen unbillig verkümmern würde, und daß überhaupt ein Nachbar dem andern gegenüber alles dasjenige zu thun,

zu unterlassen und zu dulden auch rechtlich verpflichtet ist, was ein gutes nachbarliches Verhältniß als sittliche Pflicht von ihm fordert. So ist z. B. nach lübischem Rechte die Anlage aller gefährlichen, oder wegen des mit ihnen verbundenen unangenehmen Geräusches oder Geruches unleidlichen Gewerbe von der Einwilligung der Nachbarn abhängig, ebenso die Anlage neuer Wohnungen oder Wohnkeller, Fenster, Thüren, Schornsteine und Feuerstätten [2]), und allgemein kommen Beschränkungen in Betreff des Verbauens oder der Anlage von Fenstern vor, so wie Bestimmungen über die Entfernung der Schweinekoben, heimlichen Gemächer ꝛc. von der Grenze [3]). —

2) Die obrigkeitlichen Rechte des Grundeigenthümers. Nach römischem Begriffe ist der paterfamilias allerdings der absolute Herr seines Hauses und seines Grundeigenthums, und folglich befugt, jedem Dritten das Betreten seines Grund und Bodens und den Aufenthalt daselbst zu verbieten.

---

[2]) Dabei versteht sich übrigens von selbst, daß der Nachbar in Betreff der Ertheilung oder Versagung der Vergünstigung nicht nach subjectivem Belieben zu verfahren berechtigt ist, sein Widerspruchsrecht vielmehr ebenfalls ein sittlich beschränktes ist, daher auch in einem Falle, wo ein unbilliger Gebrauch davon gemacht wird, von der Obrigkeit verworfen werden kann. Vgl. Stein Abhandlung des lübischen Rechts Bd. 2. §. 227. Diese für den Geist des deutschen Rechts höchst charakteristische Bestimmung hat einen doppelten Zweck. Eines Theils soll der Nachbar dadurch gegen die Rücksichtslosigkeit des Bauenden geschützt werden, und andern Theils, um allen Zank und Streit im Voraus zu beseitigen, die Frage, ob der Nachbar Schaden durch den Bau leidet und demselben zu widersprechen befugt ist, oder nicht, vor Beginn des Baues erledigt werden.

[3]) Eine interessante Anwendung des Princips findet sich auch in den Mecklenburgischen Reversalen von 1621. Es wird darin denen von der Ritterschaft und Städten gestattet, „auf ihrem unstreitigen Grund und Boden, da einer dem andern an Wind und Wasser keinen Schaden zufügt", Mühlen zu bauen.

Daraus folgt aber auch, daß sein Recht in Betreff der auf sein Grundstück kommenden oder sich daselbst aufhaltenden Personen sich hierauf beschränkt, daß er eben nur berechtigt sein, sie hinauszuwerfen, nicht aber richterliche und obrigkeitliche Befugnisse, welche nach römischen Begriffen nur dem Staate zustehen, ihnen gegenüber haben kann. — Nach germanischem Princip dagegen müssen die Rechte des Grundeigenthümers nach dieser Seite hin nothwendig weiter gehen. Aus der allgemeinen sittlichen Pflicht jedes Menschen, das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken, und aus dem Grundsatze, daß diese allgemeine Pflicht allemal da zur besondern Verpflichtung wird, wo besondere Verhältnisse in einem concreten Falle eine bestimmte Person als die zunächst dazu berufene erscheinen lassen, folgt von selbst, daß jeder in dem Kreise seiner ausschließlichen Herrschaft die höhere Rechtsordnung zu realisiren den nächsten Beruf hat, und daß er berechtigt und verpflichtet ist, darauf zu wachen, daß Zucht und Sitte da herrschen und aufrecht erhalten werden, wo er zu gebieten hat und ihre Herrschaft zu verwirklichen im Stande ist. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet ist der Eigenthümer die natürliche Obrigkeit in seinem Hause und auf seinem Grundeigenthum, d. h. er hat das Recht und die Pflicht, den Frieden seines Herrschaftsgebiets zu wahren, und darüber zu wachen, daß Zucht und Sitte darin herrschen; und dieser seiner obrigkeitlichen Gewalt sind auch, so weit der höhere sittliche Zweck derselben es erfordert, alle diejenigen unterworfen, welche sich entweder vorübergehend oder bleibend in seinem Hause oder auf seinem Grund und Boden aufhalten. Vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet kann der Eigenthümer nämlich denen, welche ihr Beruf oder sonstige sittlich erlaubte Gründe in sein Haus oder auf sein Grundstück führen,

den Aufenthalt daselbst nicht versagen; allein er darf und braucht nicht zu dulden, daß sie diesen Aufenthalt zu Unsittlichkeiten mißbrauchen, und sein Herrschaftsgebiet zum Schauplatz von Freveln und Schandthaten machen. Wie er also einer Seits denen, die den Frieden und Schutz seines Hauses zu genießen begehren, solchen zu gewähren und sie zu schützen berechtigt und verpflichtet ist, so kann er anderer Seits auch von ihnen fordern, daß sie, so lange sie sich in seinem Herrschaftsgebiete aufhalten, auch den Frieden desselben und sein Recht, denselben zu wahren, respectiren, und sich demselben, so weit es sie angeht, unterwerfen. — Daß diese obrigkeitliche Gewalt, ihrem höhern sittlichen Zwecke den Frieden des Herrschaftsgebietes zu wahren gemäß, sowohl nach Umfang und Inhalt beschränkt ist, und daß Ueberschreitungen derselben rechtswidrig sind, versteht sich von selbst; ebenso, daß sie sich nach Verschiedenheit der Verhältnisse — also z. B. denen, die nur als Gäste, oder unerlaubter Weise, das Herrschaftsgebiet betreten, gegenüber anders, als den bleibend, z. B. als Dienstboten, Tagelöhner oder Bauern, sich daselbst Aufhaltenden — verschieden äußert. Allein als sittlich beschränktes Recht muß sie nach den Grundprincipien der germanischen Staatslehre dem Haus- und Grundeigenthümer auch im Staate verbleiben, weil die Erfüllung des Sittengesetzes die freie That der Einzelnen bleiben soll, und also auch den Einzelnen das Recht bleiben muß, innerhalb ihres Herrschaftsgebietes für die Realisirung der höhern sittlichen Ordnung Sorge zu tragen, und darin das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken.

Diese obrigkeitliche Gewalt des Grundbesitzers äußert sich außer in dem bekannten Pfändungsrechte besonders in dem Hausrechte und den gutsherrlichen Rechten. Das Wesen

des Hausrechts besteht grade darin, daß der Hausherr das Recht und die Pflicht hat, den Frieden des Hauses zu wahren, und darauf zu wachen, daß Recht und Ordnung darin herrschen, und eine charakteristische Folge dieses Rechts ist z. B., daß der Hausherr von dem Gesinde nicht blos Erfüllung ihrer Dienstpflichten, sondern auch im Allgemeinen ein sittliches Verhalten zu fordern berechtigt, und bei Unsittlichkeiten, welche das Dienstverhältniß gar nicht berühren, zur sofortigen Entlassung befugt ist [4]). — Die Anwendung der dem Hausrechte zum Grunde liegenden Principien auf ein größeres Gut, das der Eigenthümer nicht selbst bebaut, sondern durch Andere bebauen läßt, führt von selbst zu den gutsherrlichen Rechten über die auf dem Gute wohnenden Personen. Betrachten wir nämlich die sittliche Stellung des Gutsherrn zu diesen Personen, so ist derselbe nach dem Obigen zunächst als Grundherr berechtigt und verpflichtet, den Frieden des Gutes zu wahren und nach Recht und Ordnung darin zu sehen. Er ist aber auch zugleich aus einem im Obligationenrechte näher darzulegenden Grunde vermöge des persönlichen Verhältnisses, in dem er zu ihnen steht, und durch welches die allgemeine Verpflichtung der Menschen, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, einen concreten Inhalt gewonnen hat, zu demselben Aufsichtsrechte und zugleich zu ihrer Unterstützung, zu ihrem Schutze und zu ihrer Vertretung berechtigt und verpflichtet, und das Resultat dieser doppelten Beziehung ist, daß der Gutsherr die natürliche Obrigkeit nicht nur des Gutes, sondern auch der

---

[4]) Analog ist die Bestimmung des lübischen Rechts III. 8. 2., wonach der Vermiether den Miethcontract ohne Kündigung aufheben und den Miether aus dem Hause weisen darf, wenn dieser „unzüchtig und unredlich Haus hält, oder unzüchtige und unredliche Leute hegt". —

auf dem Gute wohnenden Personen ist. Er hat nach dem Ausdrucke des älteren Rechts das mundium über die auf dem Gute wohnenden Leute, und daraus entwickeln sich im spätern Rechte einer Seits die territorialen Rechte, bei Rittergütern die Patrimonialgerichtsbarkeit, und die gutspolizeilichen Rechte, und anderer Seits, weil die Obrigkeit die Pflicht hat, für das geistige und leibliche Wohl der ihr Untergebenen nach allen Richtungen zu sorgen, die Pflicht zu Versorgung der Gutsarmen[5]), zur Sorge für gehörigen Schulunterricht ꝛc.

Daß diese obrigkeitlichen Rechte des Grundeigenthümers durchweg zugleich den Charakter der Pflicht tragen, daß sie eben nur der Realisirung der höhern sittlichen Ordnung dienen sollen, versteht sich nach den bisherigen Erörterungen von selbst. Darin aber, daß sie einen wesentlichen Bestandtheil der Rechte des Grundeigenthümers bilden, liegt auch der Grund, weshalb nach germanischem Rechte die Fähigkeit, Grundbesitz zu erwerben, nur denen zusteht, die vollkommen an ihrem Rechte sind, und weshalb auch der Mannsstamm bei der Succession in das Erbe bevorzugt ist. Hat der Grundeigenthümer das Recht und die Pflicht, in seinem Herrschaftsgebiet die höhere Rechtsordnung zu schützen, so kann auch nur denen die Fähigkeit zum echten Eigenthume zugestanden werden, welche überhaupt zum Schutze der höhern Rechtsordnung zugelassen werden, also das Recht des gerichtlichen Zweikampfs haben, Schöffen, Fürsprecher ꝛc. sein können; und an diesen Grundsatz des ältern Rechts schließen sich die Bestimmungen des spätern Rechts an, wonach beziehungsweise die Fähigkeit Mitglied einer Gemeinde

[5]) Diese Verpflichtung wird bereits in den Capitularien anerkannt.

zu werden bei städtischen Grundstücken, adelige Geburt bei Rittergütern 2c. als Erforderniß der Erwerbsfähigkeit aufgestellt wird. — Als eine natürliche Wirkung dieses Princips ist denn auch umgekehrt wieder anzusehen, wenn die Fähigkeit, in Gemeinde- und öffentlichen Angelegenheiten mit zu rathen und zu stimmen an den Grundbesitz geknüpft und daher das Stimmrecht in der Gemeinde, die Landstandschaft und Reichsstandschaft als auf den Häusern, Rittergütern und Territorien ruhend aufgefaßt wird. —

§. 27.
Gemeinschaftliches Eigenthum.

Der bisher erörterte Gegensatz spricht sich endlich noch mit besonderer Schärfe in der Behandlung des Falles aus, wenn dieselbe Sache mehreren Personen gemeinschaftlich gehört. — Vom römischen Eigenthumsbegriffe aus gestaltet sich die Sache natürlich einfach so, daß das Eigenthum an der gemeinschaftlichen Sache nach ideellen Theilen getheilt gedacht, und jeder Miteigenthümer als ausschließlicher und unbeschränkter Eigenthümer seines ideellen Antheils behandelt wird, daher über diesen seinen Antheil beliebig und ohne Rücksicht auf das Interesse seiner Miteigenthümer zu verfügen berechtigt, und durch das Verhältniß zu diesem nicht weiter beschränkt ist, als die factische Coexistenz der verschiedenen Rechte an derselben Sache mit sich bringt. Die natürliche Folge davon ist, daß jeder seinen Antheil beliebig veräußern kann, daß ferner, weil jeder nur über seinen Antheil, nicht aber über den des Andern verfügen kann, zu allen Beschlußnahmen und Verfügungen, die die ganze Sache betreffen, Einstimmigkeit der Miteigenthümer erforderlich, und daß endlich, weil diese Einstimmigkeit nicht erzwungen, in

Ermangelung ihrer aber mit der Sache nichts vorgenommen werden kann, jeder Einzelne berechtigt ist, jederzeit mit der actio communi dividundo auf Theilung zu klagen. —

Nach germanischem Rechte dagegen muß zwar auch, oder kann wenigstens das Eigenthum einer gemeinschaftlichen Sache nach ideellen Theilen getheilt gedacht werden, der einzelne Miteigenthümer ist aber nicht der absolute Herr seines ideellen Antheils, so daß er über denselben beliebig und ohne Rücksicht auf das Interesse der übrigen Miteigenthümer verfügen könnte; er ist vielmehr aus demselben Grunde, aus welchem der alleinige Eigenthümer einer Sache durch die Rücksicht auf seine Erben und Nachbarn in der Disposition über sein Eigenthum beschränkt ist, auch hier und natürlich in höherem Grade durch das Verhältniß beschränkt, in welchem er zu den übrigen Miteigenthümern steht. Dieses Verhältniß kann nun nach Entstehungsgrund und Zweck der Gemeinschaft ein sehr verschiedenes sein, und dem Princip des germanischen Rechts gemäß kann es daher auch keine abstracten allgemeingültigen Regeln über alle Gemeinschaftsverhältnisse geben; vielmehr entscheidet die Natur des concreten der Gemeinschaft zum Grunde liegenden Verhältnisses, weil sie die sittliche Stellung der Miteigenthümer zu einander bestimmt, auch über Umfang und Inhalt der ihnen an der gemeinschaftlichen Sache zustehenden Rechte. So steht z. B. das Recht auf Theilung dem Einzelnen zwar in den Fällen zu, wo die Gemeinschaft auf einem zufälligen Entstehungsgrunde beruht, oder das ganze Gemeinschaftsverhältniß seiner Natur nach ein beliebig lösliches, oder der endliche Zweck der Gemeinschaft Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens ist, wie z. B. bei einer Erbschaft, einem Compagniegeschäft rc. Es fällt aber weg, wenn wie bei einer Bergwerks- oder Actien-

gesellschaft die Theilung oder Veräußerung nur mit großem Schaden zu realisiren ist, oder wenn der Gemeinschaft eine causa perpetua zum Grunde liegt, wie bei einer von den Hausbesitzern einer Stadt oder eines Stadttheils angelegten Wasserleitung oder eines zur Gemeinweide acquirirten Grundstücks, oder wenn endlich das Gesellschaftsvermögen von vorn herein nicht schließlich zur Theilung, sondern zu anderen Zwecken bestimmt war, wie z. B. bei Vereinen für religiöse oder sittliche Zwecke, zum geselligen Vergnügen ꝛc. Ebenso entscheidet die Natur des der Gemeinschaft zum Grunde liegenden Verhältnisses darüber, ob der Einzelne seinen Antheil an einen Dritten veräußern oder nur unter Verzicht auf denselben aus der Gemeinschaft ausscheiden darf, so wie ob und in wie weit eine Vererbung stattfindet; und endlich werden auch die Grundsätze über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gutes durch die Natur jenes Verhältnisses bestimmt. Daß da, wo der Einzelne wie bei einer Erbschaft oder einem Compagniegeschäft Theilung begehren kann, er auch in Betreff der Verwaltung eine entscheidende Stimme hat, versteht sich ebenso sehr von selbst, als daß er da, wo er Theilung zu begehren nicht befugt ist, auch nicht berechtigt sein kann, durch seinen Widerspruch die dem Gemeinschaftszwecke entsprechende nothwendige Verwaltung des gemeinschaftlichen Gutes zu hindern. Vermöge seines Verhältnisses zu den übrigen Gemeinschaftsgenossen muß er vielmehr in solchen Fällen als verpflichtet angesehen werden, sich in Betreff der Verwaltung den Beschlüssen der Majorität oder den Anordnungen der nach ursprünglicher Bestimmung oder durch die Natur der Sache, wie z. B. bei der ehelichen Gütergemeinschaft zur Verwaltung berufenen Personen zu fügen, und die Natur des der Gemeinschaft zum

Grunde liegenden Verhältnisses hat wiederum darüber zu entscheiden, wie weit das Verwaltungsrecht der Majorität oder der zur Verwaltung berufenen Personen geht, und wo folglich ein Widerspruchsrecht des Einzelnen auf Grund seines Einzelrechts beginnt. —

Wenn die Doctrin zur Erklärung dieser verschiedenen, bei Gemeinschaftsverhältnissen hervortretenden Consequenzen des germanischen Eigenthumsbegriffs den Begriff eines **Gesammteigenthums** aufgestellt hat, so liegt dieser Annahme zwar in sofern ein richtiges Moment zum Grunde, als dergleichen deutschrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse nicht nach den römischen Regeln über communio zu beurtheilen sind, und als vermöge der Natur des der Gemeinschaft zum Grunde liegenden Verhältnisses in manchen Fällen das gemeinschaftliche Vermögen wirklich die Natur eines Gesellschaftsvermögens annehmen kann. Der Begriff selbst aber ist weder erschöpfend noch auch der Natur der verschiedenen Gemeinschaftsverhältnisse entsprechend, und nur als ein Versuch zu betrachten, von römischrechtlichen Voraussetzungen aus deutschrechtliche Verhältnisse zu begreifen.

Zweites Capitel.

Die dinglichen Rechte.

---

§. 28.

Verschiedenheit des Princips der dinglichen Rechte.

Aus dem **römischen** Eigenthumsbegriff, wonach das Eigenthum eben in der absoluten und ausschließlichen Herrschaft

über die Sache besteht, folgt zunächst von selbst, daß kein Dritter ein Recht irgend welcher Art an der Sache haben kann, in sofern es ihm nicht durch einen besonderen Willensact vom Eigenthümer eingeräumt ist, und daß dergestalt constituirte jura in re aliena als besondere Beschränkungen des Eigenthums in einem bestimmten scharf gezeichneten Gegensatze zum Eigenthume stehen. — Daraus, daß das Eigenthum wie jedes Recht nach römischem Begriffe ein reines Recht ist, das für den Eigenthümer eine Pflicht irgend einer Art nicht involvirt, folgt ferner, daß durch dingliche Rechte, welche eben nur Beschränkungen des Eigenthums sind, nur eine Minderung der im Eigenthum liegenden Rechte hervorgebracht, nicht aber eine positive Pflicht des Eigenthümers zu bestimmten Leistungen begründet werden kann. Der Eigenthümer als solcher hat nun das Recht, beliebig über die Sache zu disponiren, und das Recht, jeden Dritten von der Sache auszuschließen. Beide Rechte können folglich durch dingliche Rechte Dritter beschränkt werden; es lassen sich dingliche Rechte constituiren, vermöge deren der Eigenthümer bestimmte Handlungen nicht vornehmen kann, servitutes, quae consistunt in non faciendo, und solche, vermöge deren der Eigenthümer bestimmte Handlungen von Seiten des Inhabers des dinglichen Rechtes dulden muß, servitutes, quae consistunt in patiendo. Allein da der Eigenthümer als solcher nicht verpflichtet ist, etwas zu thun, so lassen sich auch keine dinglichen Rechte constituiren, welche den Eigenthümer zu bestimmten Leistungen verpflichten, und daher werden servitutes, quae consistunt in faciendo, von den Römern für etwas juristisch Unmögliches erklärt. — Daraus endlich, daß persönliche Beziehungen zu dem Eigenthümer nach römischem Principe kein dingliches Recht an den Sachen desselben zu be-

gründen vermögen, folgt, daß dingliche Rechte, denen ein persönliches Verhältniß zum Grunde liegt, wie bei den verschiedenen Arten der deutschrechtlichen Leihe, für die Römer ebenfalls unconstruirbar sind [1]), so daß der Kreis der möglichen dinglichen Rechte im römischen Rechte ein sehr beschränkter ist.

Eine Ausnahme bildet die Emphyteuse, die allerdings nach ganz andern Principien construirt ist. Diese Ausnahme ist aber nur eine scheinbare. Denn die Emphyteuse ist, wie schon ihr Name zeigt, überall nicht römischen Ursprungs, sondern erst später als ein in den eroberten Provinzen vorgefundenes Institut in das System des römischen Rechts mit aufgenommen, und die merkwürdige Thatsache, daß die römischen Juristen, trotz ihrer sonstigen Meisterschaft im Individualisiren, gar nicht im Stande zu sein scheinen, die individuelle Natur des emphyteutischen Contracts zu begreifen, und darüber im Zweifel sind, ob der emphyteutische Contract als emtio venditio, oder als locatio conductio anzusehen sei, zeigt zur Genüge, wie fremd derartige Rechtsverhältnisse der römischen Anschauungsweise sind.

Der germanische Eigenthumsbegriff dagegen macht eine größere Mannigfaltigkeit dinglicher Rechtsverhältnisse möglich. Eines Theils nämlich ist das Eigenthum nach germanischem Begriffe nicht ein reines Recht ohne Pflicht, sondern ein Recht, auf dem auch Pflichten ruhen, und daher ist es weder unnatürlich noch juristisch unmöglich, dingliche Rechtsverhältnisse zu schaffen, welche den Eigenthümer zu bestimmten Leistungen verpflichten — Reallasten, Renten u. s. w. Andern Theils

---

[1]) In gewissem Sinne könnte man hier die Hypothek als Ausnahme, aber eben auch nur als vereinzelte Ausnahme gelten lassen.

ist das Eigenthum nach germanischem Begriffe nicht ein so ausschließliches Recht, daß Rechte dritter Personen an der Sache dadurch schlechthin ausgeschlossen werden; vielmehr begründet die sittliche Pflicht des Eigenthümers, beim Gebrauche seines Rechts diejenigen Rücksichten zu respectiren, welche er auf Grund besonderer persönlicher Verhältnisse bestimmten Personen, z. B. den nächsten Erben, Nachbarn u. s. w., schuldig ist, Rechte für diese, welche, neben dem Rechte des Eigenthümers bestehend, ihren Grund nicht in einem Willensacte des Letzteren, sondern unmittelbar in dem persönlichen Verhältnisse zu dem Eigenthümer haben. Existiren solche Rechtsverhältnisse nun schon ohne Vertrag, so ist damit natürlich von selbst die Möglichkeit gegeben, durch Vertrag neue Verhältnisse ähnlicher Art zu constituiren, und Verträgen, welche zunächst ein persönliches Verhältniß begründen, zugleich einen dinglichen Charakter zu geben. So ergeben sich ganz von selbst die verschiedenen Arten der Leihe, bei denen der Beliehene auf Grund des zwischen den Contrahenten begründeten persönlichen Verhältnisses zugleich ein dingliches Recht an der Sache erwirbt, das dingliche Recht aber durch das persönliche Verhältniß bedingt und getragen wird, so daß es nicht unmittelbar auf einen Dritten übertragen werden, dieser Dritte dasselbe vielmehr nur durch Eintreten in das persönliche Verhältniß und durch neue Verleihung von Seiten des Grundherrn erwerben kann.

Dritter Abschnitt.

Das Obligationsrecht.

Erstes Capitel.

Das Recht der Verträge.

---

§. 29.

Entstehung und Rechtsgrund der Obligation.

Das germanische Vertragsrecht ist ganz einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müssen. Was ein Mensch versprochen hat, das muß er, — wenn anders der Inhalt seines Versprechens nicht ein unsittlicher war, — erfüllen, und aus dieser sittlichen Verpflichtung des Promittenten entspringt die sittliche Berechtigung des Promissars, Erfüllung des Versprechens zu fordern, so wie bei der Unzweifelhaftigkeit dieser Verpflichtung und Berechtigung das Recht und die Pflicht des Staates, den Promittenten zur Erfüllung seines Versprechens zu zwingen. Der Rechtsgrund der Obligation ist also das Versprechen des Promittenten, das demgemäß auch Inhalt und Umfang der Obligation be-

stimmt, — der Schuldner muß erfüllen, weil er es versprochen hat, und was er versprochen hat; — und wenn auch in der Regel, um ein festes Rechtsverhältniß unter den Paciscenten zu erzeugen, eine Acceptation des Versprechens von Seiten des Promissars erforderlich ist, so bleibt doch das Versprechen des Schuldners immer die Basis des ganzen Verhältnisses, und zwar so sehr, daß jene Acceptation nicht schlechthin und unter allen Verhältnissen nothwendig ist [1]). Daraus folgt denn auch, daß, weil die sittliche Verpflichtung von der Thatsache der Einigung der Contrahenten, nicht aber von der Form des Versprechens abhängig ist, auf die Form des Vertrages auch nichts weiter ankommen kann, vielmehr aus jedem Vertrage, — vorausgesetzt natürlich, daß sein Abschluß erweislich und sein Inhalt nicht ein unsittlicher ist, — eine Klage auf Erfüllung entspringt. Aus andern Gründen freilich kann eine bestimmte Form des Vertrages zu seiner Gültigkeit erforderlich gehalten werden oder üblich sein. So z. B., um die Thatsache der Perfection des Vertrages zu constatiren, der Handschlag, das Geben eines Handgeldes oder schriftliche Abfassung, oder im Interesse Dritter eine gewisse Publicität, oder um leichtsinnige Verträge zu verhüten, obrigkeitliche Bestätigung oder Schriftlichkeit u. s. w. Dergleichen Vorschriften berühren aber natürlich die Theorie von der Entstehung der Obligation nicht weiter.

---

[1]) So z. B. bei Erbverträgen die Acceptation von Seiten der Dritten, welche ein Erbrecht aus dem Vertrage erwerben sollen. Auch die Volksansicht legt das Gewicht ausschließlich auf das Versprechen, so daß z. B. Laien sich gewöhnlich nur darauf berufen, der Schuldner habe es versprochen, und selten oder nie für nöthig halten, noch hinzuzusetzen, daß sie das Versprechen auch acceptirt hätten.

Die Römer anerkennen natürlich auch, daß der Mensch sittlich verpflichtet sei, dasjenige, was er versprochen hat, zu erfüllen; sie behandeln aber ganz consequent auch diese sittliche Pflicht, wie jede andere, d. h. als eine Pflicht, deren Erfüllung, eben weil sie eine sittliche Pflicht ist, lediglich dem Gewissen des Einzelnen überlassen bleiben muß, und vom Staate nicht erzwungen werden darf. Auch muß man vom römischen Standpunkte aus selbst das Recht des Promissars, Erfüllung des Versprechens zu fordern, in Abrede stellen. Denn abgesehen davon, daß, wie im allgemeinen Theile nachgewiesen ist, nach römischer Ansicht jedes Recht des Einzelnen aus seinem Willen und seiner Kraft, diesen Willen zu realisiren, entspringt, erzeugt jedenfalls ein Versprechen zunächst nur eine sittliche Verpflichtung des Promittenten, dasselbe zu erfüllen, und daraus kann man ein Recht des Promissars, Erfüllung zu fordern, nur dann ableiten, wenn man überhaupt von der Voraussetzung ausgeht, daß die Menschen einander zur Erfüllung des Sittengesetzes zu zwingen berechtigt sind. Geht man von dieser Voraussetzung aus, so versteht sich freilich das Recht des Promissars von selbst; läugnet man sie dagegen, wie die Römer thun, so kann man consequenter Weise auch dem Promissar nicht das Recht zugestehen, den Promittenten zur Erfüllung seiner aus dem Versprechen originirenden sittlichen Verpflichtung zu zwingen. Daher muß denn zunächst das bloße Versprechen, die Pollicitation, für etwas juristisch ganz Irrelevantes erklärt werden; die Sache wird aber auch dadurch nicht wesentlich geändert, daß das Versprechen des Promittenten vom Promissar acceptirt wird. Denn auch bei einem dergestalt entstandenen Vertrage würde der eigentliche Obligationsgrund doch immer durch das Versprechen des Schuldners gebildet

werden; das Versprechen des Schuldners ändert aber durch das Hinzukommen der Acceptation seine ursprüngliche Natur nicht, vielmehr wird dadurch ebenso wie durch ein eidliches Gelöbniß nur die sittliche Verpflichtung verstärkt, und daher hat denn auch das römische Recht bis in die späteste Zeit den Grundsatz festgehalten, daß aus einem bloßen Vertrage nur eine sittliche Verpflichtung — naturalis obligatio — aber keine Klage auf Erfüllung entspringe. Das alte Civilrecht ging noch weiter, und nahm von Verträgen überhaupt keine Notiz; in dieser Schärfe aber vermochten die Römer das Princip begreiflicher Weise nicht durchzuführen. Deshalb unterscheidet das prätorische Recht zwischen den Fällen, in denen durch Vertrag eine neue Obligation begründet wird, und in denen ein auf einer civilis causa beruhendes Recht durch Vertrag aufgehoben oder gemindert wird, und berücksichtigt in den letzteren Fällen den Inhalt des Vertrags in sofern, daß er dem Kläger, der eine klagbare Forderung verfolgt, auf Grund der ihm entgegenstehenden naturalis obligatio den Rechtsschutz versagt. Das Princip dagegen, daß aus einem selbst eidlich bestärkten pactum keine Klage entspringt, wird, wie gesagt, nicht nur im prätorischen, sondern selbst noch im justinianischen Rechte festgehalten, und nur in einzelnen wenigen Fällen, z. B. beim constitutum, davon abgewichen.

Auf diesem Wege können also die Römer zur Construction einer klagbaren Obligation nicht gelangen, vielmehr ergiebt sich für sie zu solchem Behufe die Nothwendigkeit eines wesentlich andern Ausgangspunktes, und dieser der römischen Anschauungsweise natürliche Ausgangspunkt ist das in der natürlichen Freiheit des Menschen begründete Recht, Andere seinem Willen dienstbar zu machen. Im Zu-

stande der natürlichen Freiheit hat jeder, — vorausgesetzt daß er die dazu erforderliche physische Kraft besitzt, — das Recht, Andere zu unterjochen, und folglich auch die Befugniß, ihnen, statt sie zu unterjochen, mit der Drohung größeren Uebels bestimmte Verpflichtungen aufzulegen, zu deren Erfüllung die Obligirten zwar sittlich nicht verbunden sind, aber doch durch die Furcht vor größerem Uebel und eventuell durch das Recht der Stärke gezwungen werden. Auf diese Weise werden durch den Willen und die größere Stärke des Einen und die Unterwerfung des Andern unter diesen Willen auch im Zustande der natürlichen Freiheit Rechtsverhältnisse begründet, welche in ihrer äußern Erscheinung den durch Verträge erzeugten Rechtsverhältnissen ähnlich sind, ihrem innern Wesen nach sich aber dadurch von diesen unterscheiden, daß das ganze Rechtsverhältniß aus dem Willen des Forderungsberechtigten hervorgegangen ist, und daß folglich Inhalt und Umfang der Obligation nicht, wie beim Vertrage, durch das Versprechen des Promittenten, sondern durch die Forderung des Begehrenden bestimmt wird, und nicht die sittliche Verpflichtung des Schuldners, sondern der Wille und die Stärke des Fordernden den Obligationsgrund bildet.

Dieses in der natürlichen Freiheit des Menschen begründete Recht, anderen Personen Verpflichtungen aufzulegen und sie zur Erfüllung derselben zu zwingen, erleidet im Staate natürlich die wesentliche Beschränkung, daß Niemand dem Andern mit Gewalt und wider seinen Willen dergleichen Verpflichtungen auflegen darf. Dagegen hat der Staat überall keine Veranlassung zum Einschreiten, wenn der zu Obligirende sich die Auflegung solcher Verpflichtungen gefallen läßt und ohne Wider-

spruch duldet; im Gegentheil hat er nicht nur solche Auslegung zu gestatten, sondern auch das dadurch für den Obligirenden begründete Recht zu schützen. Der Erwerb eines Forderungsrechts steht dem Erwerbe des Eigenthums einer Sache ganz parallel. Wie jemand das Eigenthum einer Sache dadurch erwirbt, daß er dieselbe haben will und diesen Willen in Gegenwart des Eigenthümers und ohne dessen Widerspruch durch eine diesen Willen ausdrückende Handlung (mancipatio) realisirt, so erwirbt er ein Forderungsrecht dadurch, daß er den Willen hat, eine bestimmte Person zu obligiren, und diesen Willen durch eine demselben entsprechende und von dem zu Obligirenden ohne Widerspruch geduldete Handlung realisirt, und der Staat hat, wie er in jenem Falle das Eigenthum des Erwerbers anerkennt und schützt, in diesem das Forderungsrecht des Obligirenden anzuerkennen und zu schützen. So können also auch im Staate obligatorische Verhältnisse entstehen, deren Erfüllung der Staat im Falle einer Klage erzwingt. Sie müssen aber, um diese Wirkung zu haben, den Stempel des so eben dargelegten Ursprungs tragen, und eine Klage auf Erfüllung kann also nur in soweit aus ihnen entspringen, als das ganze Forderungsverhältniß sich als ein aus dem Willen des Forderungsberechtigten originirendes darstellt, also nicht der Wille und das Versprechen des Schuldners, sondern der Wille und die Handlung des Fordernden den Obligationsgrund bildet und Umfang und Inhalt der Leistung bestimmt hat.

Zur Begründung einer Obligatio civilis ist also erforderlich: der Wille des Creditors, einen Andern zu obligiren, und eine diesen Willen bekundende Handlung, und sodann ein Geschehenlassen, Dulden dieser Handlung von Seiten des zu Obligirenden. Dadurch, daß

der Letztere seine Zustimmung ausdrücklich zu erkennen giebt, wird die Rechtswirkung der obligirenden Handlung natürlich nicht gestört, da die ausdrückliche Zustimmung ja grade das Duldenwollen außer Zweifel setzt, und so kann sie, wie z. B. bei der Stipulation, nicht nur üblich sein, sondern selbst zur Constatirung des pati erforderlich werden, zum Begriffe und Wesen eines Contracts aber gehört sie principiell betrachtet nicht, vielmehr genügt dazu die durch das Dulden des obligirenden Actes bekundete Unterwerfung des Schuldners unter den Willen des Creditors. Hiernach kann, indem wir dabei der Darstellung von Gaius folgen, eine obligatio civilis begründet werden:

1) Re, d. h. durch eine Leistung, welche in der Absicht, den Empfänger zu obligiren oder doch wenigstens Rechtswirkungen zu erzeugen, vorgenommen wird. Diese als die allgemeinste und natürlichste Obligationsart wird von Gaius auch zuerst erwähnt, und eine nähere Explication von ihm für überflüssig gehalten; auch hat, weil der ihr zum Grunde liegende Gedanke den Römern so natürlich ist, der Begriff eines Realcontracts bei ihnen eine solche Dehnbarkeit, daß nicht nur die Innominatcontracte daraus hervorgehen, sondern auch das Condictionensystem sich leicht und natürlich daran anschließt [2]). Der obligirenden Handlung können und werden in der Regel Verabredungen und Verträge voraufgegangen sein; diese haben aber juristisch keine andere Bedeutung, als daß dadurch die Richtung des animus obligandi constatirt wird, weshalb denn auch bei den Innominatcontracten der Leistende nicht nur auf die Gegenleistung klagen, sondern statt dessen auch das in Ge-

[2]) Daher stellt z. B. Gaius als Beispiele einer obligatio re contracta das mutuum und die condictio indebiti ohne weitern Unterschied zusammen.

mäßheit der Convention Gezahlte zurückfordern kann, der Empfänger sich also, so lange er nicht seiner Seits ebenfalls geleistet, der Rückforderungsklage gegenüber nicht auf die Convention berufen darf. Das Requisit einer animo obligandi vorgenommenen Leistung wird übrigens von den Römern so streng genommen, daß zwar aus dem Commodat, nicht aber aus dem Precarium eine Klage entspringt, weil dieses letztere nicht in einem dare oder facere des dominus und einem pati des Empfängers, sondern umgekehrt in einer Bitte des Precaristen und einem pati des dominus seinen Grund hat [3]), und daher keine obligatio civilis erzeugen kann.

2) Verbis. Auch durch Worte kann nach römischer Ansicht eine klagbare Obligation begründet werden, nur muß das dadurch zu erzeugende obligatorische Verhältniß den oben bezeichneten Charakter haben, sich also nicht als ein vom Schuldner ausgehendes und vom Creditor acceptirtes Versprechen, sondern als eine vom Creditor ausgehende und vom Debitor geduldete Auflegung einer Verpflichtung darstellen. Solcher Verbalcontractformen hat das römische Recht zwei: das nexum und die Stipulation. Daß beim nexum sich nicht der Schuldner durch sein Zahlungsversprechen, sondern der Creditor durch die von ihm gesprochenen Worte den Schuldner obligirte, und vom Schuldner nur ein Dulden dieses Obligirens nöthig gehalten wurde, kann, wie an einer andern Stelle bereits ausgeführt ist, nach den Worten der Zwölftafeln: quum nexum

---

[3]) L. 1. D. de precario: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit, patitur. L. 2. §. 3. eod. Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto, so wie nach der Analogie der Mancipationsformel und der beim nexum üblichen Liberationsformel nicht wohl bezweifelt werden. Bei der Stipulation ist zwar, wie bereits erwähnt, eine einwilligende Antwort des Schuldners auf die an ihn gerichtete Frage üblich und erforderlich; diese Antwort muß aber und darf nichts Anderes als die Erklärung der reinen Einwilligung des Schuldners in die Forderung des Creditors enthalten, und das Wesen der Stipulation besteht eben darin, daß nicht der Schuldner sondern der Creditor Umfang und Inhalt der Obligation bestimmt, und der Schuldner sich dieser Bestimmung unterwirft. Dies zeigt sich besonders klar in der spätern Behandlung der Stipulation. Schon zur Pandectenzeit hatte sie den Charakter eines förmlichen Contracts in sofern abgestreift, als die Contrahenten sich beliebiger Worte in beliebiger Sprache bedienen konnten, und durch die Constitution Leo's [4]) denselben völlig verloren; nichts desto weniger wird jenes Requisit als zum Wesen der Stipulation gehörig festgehalten, und die Stipulation für ungültig erklärt, wenn der Schuldner seine Einwilligung limitirt abgiebt, oder irgend etwas selbstständig bestimmt, auch der Unterschied zwischen Stipulation und pactum fortwährend als bestehend betrachtet. [5])

3) Literis. **Hier ist wieder derselbe Gegensatz. Der**

---

[4]) L. 10. C. h. t.

[5]) Dieser Unterschied zwischen der Stipulation und dem pactum ist offenbar ganz derselbe wie der zwischen der Mancipation und der Tradition. Wenn der Tradent eine Sache giebt, oder der Schuldner eine Leistung verspricht, und der Erwerber dies acceptirt, so ist dies nach Civilrecht ungültig. Damit das Geschäft gültig werde, muß die Sache umgekehrt werden. Weshalb übrigens später die Tradition und nicht auch das pactum als gültiger Erwerbsgrund behandelt wurde, ist bereits erwähnt worden.

Creditor begründet durch Eintragung in seine Rechnungsbücher oder Umschreibung das Forderungsverhältniß, nicht der Schuldner, und die Begründung eines Schuldverhältnisses durch Ausstellung eines Schuldscheins ist nach Gaius ein genus obligationis proprium peregrinorum.

4) Consensu. In vier Fällen kann durch bloßen Consens eine Obligation begründet werden: Kauf, Miethe, Mandat und Societät. Sie bilden gewissermaßen eine Ausnahme, und werden von Gaius auch dadurch, wie er diese Contracte speciell nennt, als solche hingestellt. Beim Mandat und der Societät erklärt sich dies daraus, daß sie keine solche Verpflichtungen erzeugen, wie die übrigen Contracte, indem der Verpflichtete sich durch Aufruf seiner Verpflichtung entziehen kann. Auch geht beim Mandate der Auftrag vom Mandanten aus, so daß nach dieser Seite hin das Mandat nichts Singuläres enthält. Beim Kaufe aber kann man statt der uns geläufigen Auffassung auch so argumentiren: der Verkäufer verspricht nicht die Sache, sondern fordert den Preis, und der Käufer verspricht nicht den Preis, sondern fordert die Sache, und ebenso bei dem Miethcontracte, und so ließe sich allenfalls die Klagbarkeit dieser Contracte rechtfertigen. Indeß ist diese Rechtfertigung doch immer mißlich, und daher behandeln die Römer Kauf und Miethe, deren exceptionelle Behandlung wohl durch das Verkehrsbedürfniß herbeigeführt worden ist, auch in sofern immer als singuläre Rechtsgeschäfte, daß die Klagbarkeit derselben streng auf den Begriff derselben beschränkt, und z. B. nicht analog auf Tausch und andere ähnliche Geschäfte ausgedehnt wird.

§. 30.

Begriff und Wesen der Obligation.

Dem so eben erörterten Gegensatze entsprechend wird auch Begriff und Wesen der Obligation verschieden gefaßt. Das germanische Recht geht von der sittlichen Verpflichtung des Promittenten aus, läßt aus dieser das Recht des Creditors hervorgehen, und faßt demgemäß die Obligation als ein zwischen den Paciscenten bestehendes Rechtsverhältniß auf, welches auf der einen Seite Verpflichtungen, auf der andern Seite Rechte begründet, während die Römer das Recht des Creditors aus seinem Willen und seiner Handlung hervorgehen lassen, und demgemäß die Obligation lediglich als ein Forderungsrecht des Creditors auffassen und behandeln [1]).

Freilich führen beide Auffassungen im Allgemeinen zu demselben Resultate, indem, wenn einer Seits vom römischen Standpunkte aus betrachtet der Creditor ein schlechthinniges Recht auf Erfüllung erwirbt, anderer Seits auch vom germanischen Standpunkte aus gesagt werden muß, daß der Schuldner streng an sein Wort gebunden ist, daran nicht drehen noch deuteln darf, und daraus folglich auch ein volles Recht für den Creditor entspringt. Indeß ist der Gegensatz doch keineswegs bedeutungslos.

1) Zunächst führt derselbe zu einer principiellen Verschiedenheit in der Behandlung zweiseitiger Verträge. Vom Standpunkte des germanischen Rechts aus müssen dieselben natürlich ganz einfach als Verträge behandelt werden, bei denen das durch sie begründete Rechtsverhältniß auf beiden Seiten

---

[1]) Vgl. Stahl Philosophie des Rechts. II. 1. S. 397.

Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt; das durch sie begründete Rechtsverhältniß bleibt aber immer ein Rechtsverhältniß, und daraus geht die allgemeine Regel hervor, daß der Einzelne nur in soweit Erfüllung zu fordern sittlich berechtigt ist, als er seiner Seits erfüllt hat. Vom Standpunkt des römischen Rechts aus lassen sich zweiseitige Verträge eigentlich gar nicht construiren. Denn eine Obligation, welche durch den Willen des Creditors dem Debitor aufgelegt wird, ist ihrer Natur nach eine einseitige, und das daraus hervorgehende Recht des Creditors wie jedes Recht nach römischem Begriffe ein reines Recht. Wie daher die Römer auch nur für einseitige Obligationen Rechtsformen haben und z. B. ein Tausch, nur so in Stipulationsform gebracht werden kann, daß zwei Stipulationen vorgenommen werden, welche dann in gar keinem rechtlichen Zusammenhange mit einander stehen, so legen sie auch das z. B. durch Kauf und Miethe begründete Rechtsverhältniß in zwei selbstständige Forderungsrechte aus einander, welche streng genommen ebenfalls in keinem rechlichen Zusammenhange mit einander stehen, und von denen jedes durch eine selbstständige Klage — actio emti und venditi, locati und conducti — geschützt ist, und von dem Berechtigten sofort auf Grund des Vertragsabschlusses und ohne Rücksicht darauf, ob er seiner Seits erfüllt hat oder nicht, geltend gemacht werden kann. In der Anwendung wird dieses Princip freilich dadurch gemildert, daß dem Beklagten, wenn der Kläger seiner Seits nicht erfüllen will, eine exceptio gegeben wird [2]); es bleiben jedoch noch manche praktische Folgen übrig. So z. B. der Satz, daß

---

[2]) Die Thatsache, daß dies von den Römern als eine wirkliche exceptio aufgefaßt wird, also der Strenge nach nicht schon im Wesen des Vertrages liegt, beweist die Richtigkeit der obigen principiellen Auffassung.

beim Kaufe die Gefahr den Käufer trifft, indem die Römer einfach davon ausgehen, daß durch den Untergang der verkauften Sache nur das Object der Forderung des Kaüfers untergeht, dies aber die Forderung des Verkäufers, dem unter diesen Umständen die exceptio doli nicht opponirt werden kann, nicht afficirt, während es uns natürlicher zu sein scheint, zu sagen, daß der Verkäufer, welcher seiner Seits nicht leisten kann, auch die Gegenleistung zu fordern nicht berechtigt sei. Ebenso der Satz, daß bei der Dienstmiethe der locator die merces zu fordern berechtigt ist, si per eum non stetit, daß er seiner Seits nicht leistet, während vom Standpunkte des germanischen Rechts aus, wenn der Miether veränderter Umstände halber von den Diensten keinen Gebrauch machen kann oder will, nur die Forderung billiger Entschädigung begründet sein würde [3]).

2) Eine praktisch wichtigere Folge der Verschiedenheit des Begriffs der Obligation ist die Verschiedenheit in der Behandlung der Stellvertretung bei Verträgen. Geht man von der sittlichen Verbindlichkeit des Schuldners als dem Rechtsgrunde der Obligation aus, so kann es keinen wesentlichen Unterschied

---

[3]) Während nach römischem Rechte der locator schlechthin zur Zahlung der merces verpflichtet ist und nur dann eine exceptio doli hat, wenn der conductor durch anderweitige Vermiethung seine Arbeit verwerthet hat, also doppelten Arbeitslohn ziehen würde, machen z. B. die neueren Seerechte beim Frachtcontracte, von dem Princip ausgehend, daß der Schiffer nur eine billige Entschädigung fordern könne, diese Forderung entweder von dem Umstande abhängig, daß er keine andere Fracht, um welche er sich bemühen muß, finden kann, wobei er denn entgegengesetzten Falls nur einen Schadensanspruch wegen der etwaigen Differenz und wegen des Zeitverlustes hat, oder verpflichten den Verfrachter zur Bezahlung der halben Pacht als Aversionsquantum. Auf demselben Princip beruht auch die in den Gesinderechten vorkommende Bestimmung, wonach jeder Theil gegen Zahlung eines bestimmten Aversionsquantums den Vertrag aufheben kann rc.

machen, ob das Versprechen, aus dem das obligatorische Verhältniß entspringt, dem Promissar selbst oder demjenigen, der seine Stelle vertritt, geleistet worden ist. Vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet bindet das Versprechen des Promittenten diesen im letztern Falle grade so gut wie im erstern, und umgekehrt ist dasjenige, was der Mandatar kraft der ihm ertheilten Vollmacht verheißt, für den Mandanten grade so bindend, als ob dieser es selbst verheißen hätte. Daraus folgt denn auch von selbst, daß Verträge durch Stellvertreter gültig abgeschlossen werden können, und zwar mit demselben Rechtseffect, als ob die Vollmachtgeber unmittelbar mit einander contrahirt hätten, und es hängt lediglich von dem Willen der Contrahenten ab, ob der Vertrag auf den Namen des Mandanten oder auf den des Mandatars gestellt, und dieser oder jener daraus verpflichtet und berechtigt werden soll, wie denn überhaupt die Regel des römischen Rechts, daß Verträge nur unter den Contrahenten Rechtswirkungen erzeugen, vom Standpunkte des germanischen Rechts aus wesentliche Modificationen erleidet. — Aus dem römischen Begriffe einer obligatio dagegen folgt eben so nothwendig, daß nur derjenige, der die obligirende Handlung vornimmt, Rechte daraus erwerben, und nur derjenige, der sich diese Handlung gefallen läßt, dadurch verpflichtet werden kann. Denn das in der natürlichen Freiheit des Menschen begründete Recht, andere zur Erfüllung seines Willens zu zwingen, kann seiner Natur nach nur zwischen dem Zwingenden und dem Gezwungenen Rechtsverhältnisse erzeugen, und die natürliche Folge dieses Princips ist, daß Verträge durch Stellvertreter überhaupt nicht abgeschlossen werden können. Der Mandatar kann nur im eigenen Namen contrahiren, und wird persönlich obligirt und berechtigt; ein directes Rechtsverhältniß

zwischen dem Mandanten und dem Dritten entsteht aus solchem Vertrage nicht, und nur in sofern werden die praktischen Consequenzen in späterer Zeit gemildert, als dem Mandanten und gegen den Mandanten eine utilis actio gegeben wird.

3) Endlich führt der obige Gegensatz noch zu einer eigenthümlichen Verschiedenheit in Betreff der Rechtshülfe, welche der Staat dem Gläubiger gewährt. Geht man von der sittlichen Verbindlichkeit des Schuldners und der Berechtigung des Staates aus, den Schuldner zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu zwingen, so ist es auch ganz natürlich, daß der vom Staate gegen den säumigen Schuldner anzuwendende Zwang direct auf die Erfüllung jener Verbindlichkeit gerichtet wird, es also lediglich von der Beschaffenheit der zu erzwingenden Leistung abhängt, ob der Schuldner mittelst Zwangsexecution dazu angehalten oder die Execution auf andere Weise vollstreckt wird. — Vom römischen Standpunkte aus kann man dagegen zu einer direct auf Erzwingung der stipulirten Leistung gerichteten Execution nicht wohl gelangen. Im Zustande der natürlichen Freiheit macht derjenige, welcher einem Andern eine Verpflichtung auferlegt hat, gegen diesen, wenn er die Verpflichtung nicht erfüllt, einfach von seiner größern Stärke Gebrauch, und verfährt vermöge seiner natürlichen Freiheit mit ihm, wie er Lust und Macht hat. Dieses Recht erleidet durch die Gründung des Staates keine Veränderung, vielmehr besteht die vom Staate dem Forderungsberechtigten gewährte Rechtshülfe grade darin, daß der Staat denselben in seinem Unterwerfungsrechte schützt und ihm gestattet, durch manus injectio die absolute Herrschaft über den nicht zahlenden Schuldner zu erwerben, und es ist nur eine natürliche Consequenz dieses Rechtsverhältnisses, wenn die Zwölftafeln mehreren Gläubigern ausdrücklich das Recht

zugestehen, den gemeinschaftlichen Schuldner in Stücke zu zerschneiden und so unter sich zu theilen, indem es nach den Grundprincipien des römischen Rechts lediglich dem Gewissen der Gläubiger überlassen bleiben muß, ob sie von diesem allerdings barbarischen, aber in der natürlichen Freiheit begründeten Rechte Gebrauch machen wollen. Eine weitere natürliche Consequenz dieser Auffassung der Rechtshülfe ist denn auch, daß, als später die Plebs die Aufhebung der Schuldknechtschaft durchsetzte, nur eine Vollstreckung der Execution in das Vermögen des Schuldners übrig blieb, und daher, um diese realisiren zu können, jeder Anspruch bei der Condemnation in eine Geldschuld verwandelt werden, die Condemnation also immer auf Geld lauten mußte.

§. 31.

Verschiedenheit des Inhalts der einzelnen Verträge.

Wenn der Charakter der Universalität, der dem römischen Rechte beigelegt wird, häufig für das römische Obligationenrecht noch mit besonderem Nachdruck in Anspruch genommen und behauptet wird, daß mindestens dieses ein für alle Zeiten und Völker passendes Recht, eine wahre allgemeingültige Enthüllung der Natur der Sache sei, so liegt dieser Behauptung hauptsächlich die allerdings richtige Thatsache zum Grunde, daß das römische und germanische Recht, trotz der Grundverschiedenheit ihres Charakters bei einer bestimmten Klasse von Verträgen zu ziemlich gleichen Resultaten gelangen. Diese Gleichheit aber beschränkt sich in Wirklichkeit eben auf eine bestimmte Klasse von Verträgen, und hat hier ihren ganz natürlichen Grund.

Vergleichen wir nämlich die einzelnen Verträge ihrem Inhalte nach mit einander, so lassen sie sich in verschiedene Klassen

theilen, je nachdem sie auf die Realisirung eines bestimmten sittlichen Zweckes, oder nur auf die Befriedigung eines gewöhnlichen Verkehrsbedürfnisses gerichtet sind, und je nachdem ferner dauernde Beziehungen unter den Contrahenten durch sie begründet werden, oder nur eine einmalige Leistung den Gegenstand des Vertrages bildet. Besteht nun der principielle Gegensatz zwischen dem römischen und germanischen Rechte darin, daß das letztere überall von dem Inhalte des Sittengesetzes, das erstere dagegen von dem Princip der natürlichen Freiheit ausgeht, und die Erfüllung des Sittengesetzes dem Gewissen der Einzelnen überläßt, so ist zunächst einer Seits klar, daß bei solchen Verträgen, welche zwischen einander sonst fremden Personen zur Befriedigung ihrer Verkehrsbedürfnisse und um des beiderseitigen Vortheils willen abgeschlossen werden, und keine dauernden Beziehungen zwischen den Contrahenten begründen sollen, sondern nur eine einmalige Leistung zum Gegenstande haben, wie dies beides namentlich beim Kaufe der Fall ist, die Vorschriften des Sittengesetzes sich ganz von selbst auf die Forderung eines redlichen Verhaltens der Contrahenten bei Eingehung des Vertrages und gewissenhafter Erfüllung desselben reduciren. Ein Mehreres als eine gegenseitige bona fides bei Abschließung und Erfüllung des Vertrages fordert das Sittengesetz eben bei solchen Verträgen nicht, und daher beschränken sich denn auch natürlich die Vorschriften des germanischen Rechts eben hierauf. Auf der andern Seite ist aber auch die Verpflichtung der Contrahenten zu einer gewissen gegenseitigen bona fides bei Eingehung und Erfüllung von Verträgen eine unabweisbare Forderung des Verkehrsbedürfnisses. Ohne ein gewisses Maaß von Redlichkeit, von Treue und Glauben, können Handel und Wandel nicht bestehen, und ein Recht, welches die Ignorirung der For-

derungen des Sittengesetzes auch bei Verträgen consequent durchführen wollte, würde damit allen Verkehr, wenn nicht grabezu unmöglich machen, doch jedenfalls im höchsten Grade erschweren. Würden alle Verträge nach „strengem Rechte" — strictum jus — beurtheilt, und hätte folglich der Forderungsberechtigte nichts zu fordern, was er sich nicht ausdrücklich ausbedungen, so entstände für die Contrahenten die Nothwendigkeit, bei der Abschließung eines Vertrages mit der äußersten Vorsicht zu verfahren, und sich wegen jedes Nebenpunktes und für jede mögliche Eventualität durch besondere Stipulationen zu sichern, wie denn auch solche Stipulationen bei den Römern vielfach vorkommen und namentlich in der frühern Zeit nothwendig waren. Dies erschwert den Verkehr in unerträglicher Weise, und diese Unerträglichkeit macht eine Abweichung von dem strengen Rechte nothwendig. Wenn man auch, wie das römische Recht, von dem Grundsatze ausgeht, daß es beim Abschlusse eines Vertrages erlaubt sei, sese invicem circumscribere, und daß jeder sich vorsehen müsse, so muß doch gegen wirklichen Betrug oder Zwang dem Benachtheiligten Schutz gewährt werden; auch fordert das Verkehrsbedürfniß, daß bei Verträgen, bei denen ein Contrahent im Vertrauen auf die Redlichkeit des andern nicht jede Kleinigkeit besonders bedingt, welche sich unter sittlichen Contrahenten von selbst versteht, das Rechtsverhältniß so aufgefaßt und erfüllt werden muß, wie dies beim Abschlusse vorausgesetzt wurde und vorausgesetzt werden durfte. Daher weicht denn das römische Recht bei manchen Contracten von den Principien des strengen Rechts ab, und fordert von den Contrahenten gegenseitige b o n a f i d e s, — ein Begriff, der eben nur hier und sonst nirgends im römischen Rechte zu Tage kommt, — und in Folge dieser demselben durch die Nothwendigkeit des

Verkehrsbedürfnisses abgezwungenen Abweichung von seinem Grundprincip erhält dann freilich das römische Vertragsrecht eine Gestalt, welche die principielle Verschiedenheit zwischen ihm und dem germanischen Rechte bei der oben bezeichneten Klasse von Verträgen fast verschwinden macht. —

Diese principielle Verschiedenheit tritt aber sogleich wieder auf das Bestimmteste hervor, sobald durch einen Vertrag dauernde Beziehungen unter den Contrahenten begründet werden, indem für die Behandlung dieser Klasse von Verträgen das ursprüngliche Rechtsverhältniß, in welchem die einzelnen Menschen von Natur zu einander stehen, von der größten Bedeutung ist, und der Inhalt dieser Verträge ein wesentlich anderer wird, je nachdem man in Betreff jenes ursprünglichen Verhältnisses von der Voraussetzung des römischen oder germanischen Rechts ausgeht. Das römische Recht geht, wie gesagt, und wie aus dem Begriffe der natürlichen Freiheit von selbst folgt, von der Voraussetzung aus, daß die Menschen, wie sie auch sittlich zu einander stehen mögen, doch rechtlich sich ursprünglich einander vollkommen fremd und pflichtlos gegenüberstehen, und die natürliche Consequenz dieser Voraussetzung ist, daß, wenn Menschen durch einen Vertrag in ein dauerndes Rechtsverhältniß zu einander treten, ihre rechtlichen Beziehungen zu einander sich eben auf die gegenseitige Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages beschränken, ein über den nächsten Inhalt des Vertrages hinausgehendes persönliches Verhältniß zwischen den Contrahenten aber durch den Vertrag nicht begründet wird. Sie sind gegenseitig verpflichtet den Contract zu erfüllen, und wenn dieser Contract ein bonae fidei Contract ist, denselben nicht blos nach strengen Rechtsprincipien, sondern so, wie die bona fides dies fordert, zu erfüllen, im Uebrigen aber bleibt

ihr Verhältniß zu einander unverändert, und sie stehen sich grade so fremd und pflichtlos einander gegenüber, als wenn sie überall keine rechtlichen Beziehungen zu einander hätten. — Das germanische Recht dagegen geht, wie gleichfalls bereits erwähnt, von der Voraussetzung aus, daß das Sittengesetz ein Fraternitätsverhältniß unter allen Menschen begründet, daß demzufolge die Menschen verpflichtet sind, einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, und daß diese allgemeine Verpflichtung überall da zu einer besondern Pflicht wird, wo Menschen durch ihre Lebensverhältnisse einander näher gestellt werden, indem dadurch auch eben eine nähere Verpflichtung zur Hülfe und zum Beistande begründet wird. Aus demselben Grunde daher, aus welchem im germanischen Rechte Blutsverwandte, Nachbarn, Gemeindegenossen ꝛc. als einander auch rechtlich näher stehend und zu besonderer Treue gegen einander verpflichtet betrachtet werden, muß dasselbe auch bei denen angenommen werden, welche durch einen Vertrag in dauernde Beziehungen zu einander treten. Das durch den Contract begründete persönliche Verhältniß zwischen den Contrahenten bringt besondere der concreten Natur des Verhältnisses entsprechende sittliche Pflichten mit sich, welche dem Grundprincip des germanischen Rechts gemäß als Rechtspflichten behandelt werden, und dadurch wird der Inhalt des Vertrages erweitert und näher bestimmt.

Betrachten wir beispielsweise von diesem Gesichtspunkte aus einige Verträge, und zwar

1) die Dienstmiethe, so beschränkt sich nach römischem Princip das durch dieselbe begründete Rechtsverhältniß zwischen den Contrahenten lediglich auf die gegenseitige Verpflichtung zur Leistung der versprochenen Arbeit und beziehungsweise des be-

bungenen Lohnes. Die Beschaffenheit dieser Verpflichtungen freilich wird nach den Grundsätzen der bona fides bestimmt; darüber hinaus aber stehen Arbeitgeber und Arbeiter in keiner rechtlichen Beziehung zu einander, und sind sich einander nichts schuldig. Wie sie von Haus aus und vor Abschluß des Vertrages einander fremd und pflichtlos gegenüberstanden, so bleibt ihr Verhältniß auch in allen durch den Vertrag nicht unmittelbar berührten Beziehungen, und von einer Verpflichtung, sich einander auch in anderen Dingen zu helfen und beizustehen, kann natürlich keine Rede sein. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob nur eine einmalige Arbeitsleistung den Gegenstand des Vertrages bildet, oder ob das Verhältniß auf unbestimmte oder längere Zeit eingegangen ist. Auch im letztern Falle haben beide Theile mit einander nichts zu thun, als daß sie sich die Arbeit leisten und beziehungsweise den Lohn zahlen, und ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Verhältniß kann in jedem Momente willkürlich aufgehoben werden, ohne Rücksicht darauf, daß der Andere, der auf Fortdauer des Verhältnisses rechnete, dadurch vielleicht in die bitterste Noth geräth. — Das germanische Recht dagegen geht von dem Grundsatze aus, daß neben den den eigentlichen Inhalt des Vertrages bildenden Verpflichtungen noch die allgemeine sittliche Pflicht der Contrahenten besteht, sich einander in allen rechtlichen und sittlichen Dingen beizustehen, und daß diese Pflicht durch das concrete persönliche Verhältniß, welches durch die Dienstmiethe zwischen den Contrahenten begründet wird, eine concrete Gestalt gewinnt, und eine besondere Verpflichtung zu gegenseitiger Treue erzeugt. — So wird bei den auf längere Dauer berechneten Verhältnissen [1])

[1]) Denn durch einen Vertrag, der nur eine einmalige Arbeitsleistung

aus der Dienstmiethe bei häuslichen Diensten der Gesindecontract, bei ländlichen Arbeiten der Hoftagelöhnercontract, im Handwerksstand der Gesellencontract, bei Kriegsdiensten der Lehnsvertrag, Verträge, welche sich alle von der römischen locatio operarum lediglich dadurch unterscheiden, daß die sittlichen Beziehungen, welche aus dem durch den Vertrag begründeten persönlichen Verhältniß zwischen den Contrahenten entspringen, in den Vertrag hineingelegt und als natürlicher Bestandtheil desselben behandelt werden. Durch diese Behandlung des Verhältnisses erhält dasselbe einen dem Familiennerus analogen Charakter; es entsteht zwischen Arbeiter und Arbeitgeber ein auf gegenseitiger Treue beruhendes Herrschaftsverhältniß, welches, dem allgemeinen Charakter des mundium entsprechend, den Herrn zu einer theilweise selbst bis zum Züchtigungsrechte und zur obrigkeitlichen Gewalt sich erhebenden Sorge für das sittliche und leibliche Wohl des Dienenden, zur Unterstützung in Krankheits- und Unglücksfällen, und z. B. beim Hoftagelöhner zur Versorgung im Alter, zur Sorge für den Unterricht der Kinder rc. verpflichtet. — Dabei ist denn noch als charakteristischer Gegensatz gegen das römische Recht hervorzuheben, daß wenn die Aufhebung des Verhältnisses auch einseitig geschehen kann, doch, damit der Mitcontrahent nicht durch plötzliche Aufhebung in Verlegenheit gesetzt werde, eine Kündigung vorausgehen muß.

2) Der Pachtcontract. Hier ist wiederum derselbe Gegensatz. Nach römischem Rechte beschränken sich die dadurch begründeten Pflichten darauf, daß der Verpächter dem Pächter

---

zum Gegenstande hat, wird kein besonderes persönliches Verhältniß unter den Contrahenten begründet.

die Benutzung des verpachteten Grundstücks zu gewähren, und dieser dasselbe hauswirthlich zu benutzen und den versprochenen Pachtzins zu bezahlen hat. Im Uebrigen stehen beide Theile sich fremd und pflichtlos gegenüber, und daher ist denn auch der Einzelne, wenn Laune oder Vortheil ihm die Auflösung des Verhältnisses wünschenswerth erscheinen lassen, durch Rücksichten auf das Wohl des Andern zur Fortsetzung nicht gezwungen. Nach germanischem Princip begründet der Pachtcontract zugleich ein persönliches Verhältniß zwischen den Contrahenten, indem der Grundherr, als der Nächste, an den der Bauer sich in Nothfällen zu wenden hat, also als der natürliche Berather, Schützer und Vertreter des Bauern, in das dieser natürlichen Stellung entsprechende Herrschaftsverhältniß zu demselben tritt. Dadurch aber, daß das Pachtverhältniß so aufgefaßt und behandelt wird, hört es auf, ein willkürlich lösliches zu sein. Denn auch da, wo dem Bauern kein dingliches Recht an dem Gute zusteht, erscheint er doch, so lange er sich nichts zu Schulden kommen läßt, gehörig wirthschaftet und die Pacht zahlt, eben wegen des persönlichen Verhältnisses, in welchem er zum Gutsherrn steht, als der Nächste, das Gut zu behalten, zumal da er mit seiner Familie durch Entfernung vom Gute in der Regel dem Elende Preis gegeben sein wird. Daraus folgt, daß dem Gutsherrn zwar das Abmeierungsrecht auf Grund schlechter Wirthschaft ꝛc. zusteht, er jedoch nicht berechtigt ist, aus bloßer Laune, oder weil ihm ein Anderer einen höhern Pachtzins bietet, zu kündigen, daß ferner beim Tode des Bauern, oder wenn er zur Wirthschaft zu alt wird, das Gut seinem Sohne als dem Nächsten wieder gegeben, für ihn, seine Wittwe und unmündigen Kinder durch Altentheil und Interimswirthschaft gesorgt werden muß u. s. w.

3) Beim Gesellschaftsvertrage endlich tritt der obige Gegensatz noch schärfer und klarer hervor. Auf fast allen Gebieten menschlicher Thätigkeit macht sich das Bedürfniß der Vereinigung zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes geltend, und daher sind denn auch die Zwecke der einzelnen Verbindungen die allerverschiedensten. Die Menschen können sich mit einander zur Erreichung religiöser, sittlicher, wissenschaftlicher, artistischer, geselliger, ökonomischer Zwecke rc. verbinden, und solche Verbindungen können daher, wo ein reges geistiges Leben herrscht, von der größten Bedeutung für das ganze Volksleben werden. — Das römische Recht, welches lediglich die Realisirung der subjectiven Willensfreiheit der Einzelnen zum Zwecke hat, behandelt nun diesen Gegenstand ganz consequent nach folgenden Principien. Es giebt den Einzelnen die vollste Freiheit, sich zur Erreichung gemeinschaftlicher Zwecke mit einander zu verbinden. Diese Verbindung ist und bleibt aber lediglich Privatsache der Einzelnen. Ein Gesellschaftsvertrag, welcher Art er auch sei, erzeugt lediglich zwischen den einzelnen sociis rechtliche Beziehungen; dritten Personen stehen die Einzelnen stets nur als Einzelne, nie als Verbindung gegenüber, und dazu, daß ausnahmsweise die Gesellschaft eine andere Stellung erhalte, ist jedesmal ein besonderer gesetzgeberischer Act des Staates nothwendig, wodurch ihr juristische Persönlichkeit verliehen wird. — Es steht ferner den Einzelnen frei, sich zur Erreichung religiöser, sittlicher, wissenschaftlicher und geselliger Zwecke mit einander zu verbinden; allein weil ein Zwang zur Erfüllung sittlicher Normen mit dem römischen Freiheitsbegriffe unverträglich ist, der Zweck des Rechts vielmehr die Realisirung der subjectiven Willensfreiheit der Einzelnen ist, so bleibt auch die Realisirung des Gesellschaftszweckes lediglich dem Gewissen

der Einzelnen überlassen, und dergleichen Verbindungen fallen überhaupt nur in sofern in die Sphäre des Rechts, als sie eine vermögensrechtliche Seite haben. In Betreff dieser vermögensrechtlichen Seite gilt denn endlich ganz consequent der Grundsatz, daß das gemeinschaftliche Vermögen, welches für die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes zusammengebracht ist, nicht eigentliches Gesellschaftsvermögen ist, sondern den Einzelnen nach ideellen Theilen gehört, und nach allen Richtungen so behandelt wird, so daß es zu Dispositionen über dasselbe der Zustimmung jedes Einzelnen bedarf, und daß jeder Einzelne beliebig nicht etwa für seine Person aus der Gemeinschaft ausscheiden, sondern durch seinen Rücktritt die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen und die Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens begehren kann. Die societas des römischen Rechts ist folglich eine durchaus lose, lediglich durch den übereinstimmenden Willen sämmtlicher socii bestehende Verbindung, die jederzeit willkürlich von jedem Einzelnen aufgehoben werden kann und nur vermögensrechtliche Beziehungen zwischen den sociis erzeugt. Innigere Verbindungen zu schließen, steht dem Einzelnen, wie gesagt, allerdings frei, aber diese Verbindungen entbehren jedes rechtlichen Charakters. Die Erfüllung der daraus entspringenden sittlichen Verpflichtungen bleibt lediglich dem Gewissen der Einzelnen überlassen [2]).

---

[2]) Freilich heißt es von der societas omnium bonorum, daß sie eine gewisse Fraternität erzeuge; auch hat die Verurtheilung aus der actio pro socio Infamie zur Folge. Allein rechtlich stehen auch die Brüder nach römischem Princip sich fremd und pflichtlos gegenüber, so daß jener Satz keine erheblichen praktischen Folgen erzeugt, und die an die Verurtheilung aus der actio pro socio geknüpfte Infamie beweist grade, daß das aus der societas entspringende Verhältniß als ein rein sittliches aufgefaßt und behandelt werden soll.

Nach germanischem Rechte dagegen erzeugt der Gesellschaftsvertrag schon dadurch ein festeres Verhältniß unter den einzelnen Genossen, und eine andere Behandlung des zu dem gemeinsamen Zwecke zusammengebrachten Vermögens, daß die sittliche Pflicht des Einzelnen, sein Wort zu halten, und diejenigen, welche im Vertrauen darauf sich mit ihm vereinigt haben, nicht durch unmotivirten Rücktritt in Verlegenheit zu setzen, zu einer Rechtspflicht erhoben werden kann und muß. Für die Genossen entspringt aus dem Gesellschaftvertrage die sittliche Berechtigung zu begehren, daß der Einzelne seine Zusage erfüllt, und daß insbesondere das zu dem gemeinsamen Zwecke zusammengebrachte Vermögen auch wirklich diesem Zwecke gemäß verwandt werde, und wie dadurch dies mehr den Charakter eines Gesellschaftsvermögens annimmt, so normirt auch der Gesellschaftszweck und der Inhalt des Gesellschaftsvertrages für die Verwaltung und Verwendung desselben, und entscheidet über die Rechte, welche den Einzelnen daran zustehen. Daraus folgt denn von selbst, daß, weil die Gesellschaftszwecke sehr verschieden sind, auch die Rechtsverhältnisse der einzelnen Gesellschaften sowohl in Betreff des Gesellschaftsvermögens und der den Einzelnen daran zustehenden Rechte, als auch in Betreff der Fragen, ob der Einzelne Auflösung der Gemeinschaft und Theilung des Gesellschaftsvermögens begehren, oder seine Rechte an einen Dritten übertragen, oder endlich nur mit Verzicht auf seinen Antheil aus der Gesellschaft ausscheiden kann, sich sehr verschieden gestalten, wie dies bei der Lehre vom gemeinschaftlichen Eigenthum schon ausgeführt worden ist. Diese Behandlung der innern Verhältnisse der Societät und die freieren Grundsätze des germanischen Rechts hinsichtlich der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen machen es aber ferner

auch möglich, daß die Gesellschaft nach außen hin als Gesammtheit auftreten kann, indem eines Theils die Vertreter der Gesellschaft auf Grund ihrer Vollmachten mit unmittelbarer Rechtswirkung für alle Genossen contrahiren können, und andern Theils ein Vertrag mit Dritten auch in der Art möglich ist, daß — wie z. B. bei Actiengesellschaften, bei denen die Mitglieder nur zur Zahlung des Betrags der Actien verpflichtet sind, — nur die Gesellschaft als solche mit ihrem Vermögen aus dem Vertrage verpflichtet wird, nicht aber die socii oder deren Vertreter persönlich und über den Bestand des Gesellschaftsvermögens hinaus dafür haften sollen. Wie dadurch manche Gesellschaften einen, von dem der römischen Societas wesentlich verschiedenen Charakter und einen festeren Organismus sowohl nach innen als auch nach außen erhalten, so gewinnt das Genossenschaftswesen endlich auch dadurch eine ganz andere Bedeutung, daß Verbindungen und Verträge zur Erreichung sittlicher Zwecke keineswegs als außerhalb der Sphäre des Rechts liegend gedacht werden, nach den Principien des germanischen Rechts vielmehr ebenso gut, wie Verträge, welche einen vermögensrechtlichen Zweck haben, mit Rechtswirkung geschlossen werden können. Damit eröffnet sich für das Genossenschaftswesen ein Gebiet, welches um so weiter ist, je mehr grade der Staat, der die sittliche Freiheit der Individuen schützen soll, ihnen Raum gewähren muß, sich mit einander zur Realisirung ihrer sittlichen Lebenszwecke zu verbinden, und namentlich auch Genossenschaften zu bilden, welche die sittliche Regelung des Lebens der einzelnen Genossen und des gemeinsamen Berufs zum Zwecke haben. So sehen wir neben Staat und Gemeinde Genossenschaften entstehen, welche innerhalb jener noch eine besondere Verbindung zwischen den einzelnen Genossen er-

zeugen, und, indem sie das Leben ganzer Berufsstände regeln, die natürlichen Träger und Bestandtheile der Gemeinde- und Staatsverfassung werden.

§. 32.
Die Organisation des ökonomischen Verkehrs.

Die Bedeutung, welche der Gegensatz zwischen der römischen und germanischen Anschauungsweise für das Obligationenrecht hat, zeigt sich jedoch in ihrem vollen Umfange erst bei einer Vergleichung der leitenden Principien, nach denen der ganze ökonomische Verkehr des Volkes im römischen und germanischen Rechte geregelt ist. Das erstere geht auch hier wieder von dem Princip der natürlichen Freiheit, das letztere dagegen von dem höhern sittlichen Zwecke der Gewerbe und des Handels aus.

I. Die Organisation des Verkehrs nach römischem Princip. Vom Standpunkte der natürlichen Freiheit aus betrachtet sind die Menschen zwar berechtigt, zur Befriedigung ihrer verschiedenen Bedürfnisse Verträge mit einander abzuschließen; aber sie sind nicht dazu verpflichtet. Es hängt lediglich von dem subjectiven Ermessen jedes Einzelnen ab, ob und mit wem er Verträge abschließen will, und jeder ist natürlich befugt, sich dabei lediglich durch seinen Vortheil bestimmen zu lassen. Ebenso wird folglich auch der Inhalt der einzelnen Verträge nicht durch eine höhere sittliche Regel, also z. B. der Preis der Waare oder Arbeit nicht durch ihren wahren Werth, — denn Niemand ist verpflichtet, sie dafür zu kaufen oder zu verkaufen, — sondern lediglich durch die Uebereinkunft der Contrahenten bestimmt, und jeder ist berechtigt, die Bedingungen ohne Rücksicht auf das Interesse des Mitcontrahenten so vortheilhaft als möglich für sich zu stellen. Das den ganzen Ver-

kehr beherrschende Grundprincip ist also, daß jeder ohne Rücksicht auf das Gemeinwohl und das Interesse der übrigen Menschen, ausschließlich seinen eigenen Vortheil sucht und zu suchen berechtigt und nicht verpflichtet ist, sich darum zu kümmern, ob Andere dadurch zu Grunde gerichtet werden. — Diesem Princip zufolge steht

1) jedem die Wahl seiner Erwerbsthätigkeit unbedingt frei. Jeder ist Herr seiner Kräfte und seiner Sachen; er kann damit schalten, wie ihm gutdünkt, und er kann folglich auch diejenige Erwerbsthätigkeit wählen, welche für ihn die vortheilhafteste ist, ohne Rücksicht darauf, ob sein Vortheil und das Gemeinwohl dabei mit einander collidiren oder nicht. Der Staat ist nicht befugt, ihn darin zu beschränken. Ob er daher zu dem gewählten Berufe tüchtig ist, oder nicht, geht den Staat nichts an. Niemand ist gezwungen, seine Waaren zu kaufen oder seine Dienste zu miethen, und wer seiner Thätigkeit mißtraut, braucht sich nicht mit ihm einzulassen. Das Publicum, welches natürlich da kauft, wo es am vortheilhaftesten kauft, wird selbst am besten herausfinden, ob die Waaren oder Dienste, welche er feilbietet, brauchbar und preiswürdig sind. Versteht er daher sein Geschäft nicht, so hat er schließlich selbst den größten Schaden davon, und wer sonst darunter leidet, hat es nur seiner eigenen Unvorsichtigkeit zuzuschreiben. Ob ferner die schon vorhandenen Producenten den Bedürfnissen des Publicums genügen, und ob in Folge eintretender Ueberfüllung einzelne derselben zu Grunde gehen müssen, — dies ist eine Frage, deren Erwägung ebenfalls lediglich Sache des Einzelnen ist. Glaubt der Einzelne die Concurrenz bestehen zu können, so steht es ihm frei, sein Heil zu versuchen. Daß er, wenn es ihm gelingt, schon vorhandene Producenten ruinirt, und mit

ihren Familien ins Unglück stürzt, darüber darf er sich hinwegsetzen. Jeder hat das Recht, nur für sich zu sorgen, er braucht nicht für Andere zu sorgen, und der Staat ist nicht befugt, ihn zu hindern, wenn er Andere ruinirt.

2) Ebenso bleibt die Art und Weise, wie der Einzelne das von ihm ergriffene Gewerbe treiben will, ganz seinem subjectiven Ermessen überlassen; er kann es ganz so treiben, wie es ihm am angenehmsten und vortheilhaftesten ist. Es hängt daher ganz von ihm ab, ob er gute und theuere oder schlechte und wohlfeile Waare produciren will. Er hat nur darauf zu sehen, was für ihn am vortheilhaftesten ist; ob seine Abnehmer von diesen oder von jenen Waaren einen verhältnißmäßig größern Nutzen haben, darum braucht er sich nicht zu kümmern. Sie können selbst beurtheilen, ob die Waare preiswürdig ist oder nicht, und sind nicht gezwungen, sie zu kaufen. — Ebenso hängt es ganz von ihm ab, welche Preise er fordern will. Er braucht nur zu dem ihm convenirenden Preise zu verkaufen, und ist berechtigt, alle zufälligen Umstände zu benutzen, um den höchstmöglichen Preis herauszubringen. Er kann daher nicht nur den Verkauf ganz einstellen, wenn er erwarten darf, daß später die Noth die Consumenten zwingen wird, höhere Preise zu zahlen, sondern ist auch berechtigt, in jedem einzelnen Falle für seine Waare oder Arbeit den Preis zu fordern, den er in dem concreten Falle zu erlangen hoffen kann, also z. B. von dem Unkundigen oder demjenigen, der wegen augenblicklicher Noth jeden Preis bewilligen muß, das doppelte und dreifache des Preises zu nehmen, wofür er die Waare sonst verkaufen würde. Dies gilt für alle Verkehrsverhältnisse, und namentlich können daher auch bei der Lohnarbeit Arbeiter und Arbeitgeber den Lohn beliebig steigern oder herabdrücken, ohne

alle Rücksicht darauf, daß der andere Theil, den Noth oder augenblickliche Verlegenheit zur Eingehung eines für ihn nachtheiligen Contractes zwingt, dadurch vielleicht zu Grunde gerichtet wird [1]).

Ebenso wie die Benutzung der Unkenntniß oder Noth des Mitcontrahenten zur Erlangung sittlich unerlaubter Vortheile gestattet ist, muß consequent auch eine unredliche Täuschung desselben über den wahren Werth der Waare oder Arbeit erlaubt sein. „In emendo et vendendo naturaliter concessum est, se invicem circumscribere" [2]); jeder weiß und muß es wissen, daß der Andere berechtigt ist, ihn zu übervortheilen, und daß er muthmaaßlich nur zu seinem Vortheile redet. Wenn er solchen Versicherungen und Anpreisungen trauet, so thut er es auf seine Gefahr und er mag sich eben vorsehen und selbst prüfen. Streng genommen macht selbst wirklicher Betrug und Drohung den Contract nicht ungültig, wie denn auch das alte Civilrecht dies als Princip namentlich bei den stricti juris Contracten anerkennt. Eine consequente Durchführung dieses Princips aber ist praktisch kaum möglich; sie würde den Verkehr auf das Aeußerste erschweren, weil jeder dadurch genöthigt wird, bei jedem Geschäfte mit der größten Vorsicht zu verfahren und sich, wie dies auch in der älteren Zeit bei den Römern geschah, durch besondere Stipulationen, z. B. wegen Eviction, heimlicher Mängel u. s. w. gegen dergleichen Täuschungen zu

[1]) Die L. 2. Cod. de rescind. vend., wonach der Verkäufer, der eine Sache unter der Hälfte des wahren Werthes verkauft hat, aus diesem Grunde den Kauf anfechten kann, ist eben nur eine singuläre, und übrigens auch erst aus der spätern Kaiserzeit stammende Ausnahme von dem Princip, wonach es „naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere."

[2]) L. 22. §. 3. D. locati. — L. 16. §. 4. D. de minoribus.

schützen, und daher wird denn auch durch das prätorische und ädilitische Recht der Benachtheiligte mindestens gegen einen nicht leicht zu durchschauenden Betrug, gegen einen metus, qui in constantem virum cadere potuit, so wie gegen das Verschweigen heimlicher Mängel u. s. w. geschützt.

3) Noch weniger endlich ist der Producent verpflichtet, bei dem Betriebe seines Gewerbes auf das Interesse seiner Mitproducenten Rücksicht zu nehmen. Er hat keine Pflichten gegen sie zu erfüllen. Sie schmälern durch ihre Concurrenz den Vortheil, den er aus seinem Geschäfte zieht, und sind daher seine natürlichen Feinde, welche er durch alle gesetzlich nicht verbotenen Mittel, z. B. Tadeln ihrer Waaren im Gegensatze zu den seinigen, Anlocken ihrer Kundschaft, Herabsetzen der Preise unter den Betrag der Productionskosten, um sie zum Aufgeben des Gewerbes zu zwingen u. s. w. zu ruiniren berechtigt ist.

Der nach diesen Grundsätzen geregelte Verkehr, in welchem jeder ohne Rücksicht auf das Gemeinwohl lediglich seinen eigenen Vortheil sucht und zu suchen berechtigt ist, bildet folglich ein bellum omnium contra omnes, welches seinem Wesen nach mit dem Zustande der natürlichen Freiheit außerhalb des Staates vollkommen identisch ist, und sich von diesem lediglich dadurch unterscheidet, daß die Mittel, mit denen der Kampf geführt wird, gesetzlich beschränkt sind. Die Producenten haben das Recht und das Interesse, den Preis ihrer Waaren über deren wahren Werth zu steigern, die Consumenten, ihn unter denselben herabzudrücken; die Producenten rivalisiren daneben mit einander, und sind berechtigt und bemüht, nicht nur durch größere Güte und Wohlfeilheit der Waare, sondern auch durch alle sittlich verwerflichen, aber gesetzlich nicht verbotenen Mittel einander vom Markte zu verdrängen; der Sieger erwirbt Reich-

thümer, mit denen er nach Herzenslust schalten mag, der Besiegte geht in Mangel und Armuth sittlich und leiblich zu Grunde, ohne daß irgend jemand verpflichtet wäre, eine helfende Hand nach ihm auszustrecken. Der Staat kann und soll dabei eben nichts anderes thun, als die Freiheit dieses Verkehrs schützen; er kann das bellum omnium contra omnes, in welchem die Menschen vermöge ihrer natürlichen Freiheit rechtlich zu einander stehen, nicht aufheben, sondern nur die Mittel, durch welche es geführt wird, beschränken, und muß es dem Gewissen und der Vernunft des Einzelnen überlassen, wie weit sie in der eigennützigen und herzlosen Ausbeutung der Bedürftigkeit und Verlegenheit ihrer Mitmenschen gehen wollen. Eine consequente Durchführung dieses Princips, so daß auch offenbare Betrügereien u. s. w. gestattet werden, ist freilich, wie gesagt, praktisch nicht möglich. Auch ist bei manchen Verträgen die Gefahr, daß jemand durch Leichtsinn oder herzlose Ausbeutung seiner augenblicklichen Noth gänzlich ruinirt werde, z. B. bei Spielverträgen, verzinslichen Darlehen, Schenkungen u. s. w. zu groß, als daß der Staat ruhig zusehen könnte. Ein Einschreiten des Staates soll und muß jedoch immer ein exceptionelles bleiben; es muß sich namentlich darauf beschränken, dem Einzelnen, der betrogen oder verletzt ist, eine Entschädigungsklage zu geben, und kann nie dahin führen, daß der ganze Verkehr im Interesse der Sittlichkeit organisirt werde.

II. Die Organisation des Verkehrs nach germanischem Princip. — So lange der Mensch verflucht ist, im Schweiße seines Angesichts sein Brod zu essen, ist es natürlich auch sittlich erlaubt, für Lohn zu arbeiten, und für eine Waare deren Preis zu begehren. Die Pflicht der Menschen, sich in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen,

kann wohl die Folge haben, daß demjenigen, der der Unterstützung bedarf und zu Gegenleistungen nicht im Stande ist, solche Unterstützung unentgeltlich gewährt werden muß, nicht aber die, daß dies auch Dem gegenüber geschehen muß, der im Stande, aber zu träge ist, sich selbst seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Der Austausch der verschiedenen Lebensbedürfnisse, die Arbeit für Lohn, die Anfertigung von Waaren zum Zweck des Verkaufs u. s. w. sind also sittlich erlaubt; sie sind aber auch zugleich, weil die Erreichung eines größern Nationalwohlstandes so wie überhaupt einer höhern Culturstufe nur durch Theilung der Arbeit möglich wird, durch die natürliche Ordnung des menschlichen Lebens geboten. Durch die Industrie und den Handel werden unzählige Güter producirt und dem Einzelnen nahe gebracht, welche zum Lebensunterhalte der Menschen und zur Realisirung ihrer sittlichen Lebenszwecke mehr oder weniger unentbehrlich sind, und welche größten Theils gar nicht würden producirt werden können, wenn jeder sich dasjenige, dessen er bedarf, selbst anfertigen sollte. Wer daher solche Güter producirt, oder den Einzelnen zuführt, leistet der menschlichen Gesellschaft einen wesentlichen Dienst, und in diesem Dienste, in der Production und Vertheilung der zur Befriedigung der verschiedenen Lebensbedürfnisse dienenden Güter besteht der höhere sittliche Zweck der Industrie und des Handels.

Nun ist es, wie gesagt, recht und billig, daß die Producenten und Kaufleute für die Dienste, welche sie der Gesammtheit leisten, einen entsprechenden Lohn erhalten, und dazu gehört, daß sie nicht etwa blos den nothdürftigen Lebensunterhalt durch ihren Geschäftsbetrieb erwerben, sondern auch daß sie einen angemessenen Vortheil daraus ziehen. Eines Theils nämlich erfordert jedes gewerbliche Unternehmen eine gewisses

Anlage- und Betriebscapital, und die Vergrößerung desselben setzt den Unternehmer in den Stand, sein Unternehmen mit größerem Erfolge zu treiben. Auch ist mit allen gewerblichen Unternehmungen ein größeres oder geringeres Risico verbunden, und die Verluste, welche hin und wieder eintreten, müssen nothwendig durch den regelmäßigen Gewinn übertragen werden; auch ist es endlich ein billiger und sittlich erlaubter Wunsch, wenn der Producent sich und seine Familie für künftige Zeiten gegen Noth und Armuth zu sichern begehrt. Andern Theils besteht grade das Wesen des industriellen und Handelsverkehrs darin, daß den Consumenten die Gegenstände ihres Bedarfs besser und wohlfeiler geliefert werden, als sie dieselben selbst zu produciren im Stande sind. Auch dann, wenn die Producenten ihre Waaren mit einem angemessenen Vortheil verkaufen, ist der größere Vortheil doch auf Seite der Consumenten, und es ist nur gerecht und billig, daß diejenigen, welche durch ihre Gewerbsthätigkeit den Consumenten Vermögensvortheile verschaffen und den Nationalreichthum vermehren, selbst an dieser Bereicherung einen entsprechenden Antheil haben.

Dieser Vermögensvortheil aber, welcher den Producenten zufällt, soll nicht der alleinige Zweck ihres Gewerbsbetriebes, sondern nur der angemessene Lohn für die Dienste sein, welche sie der Gesammtheit leisten, und er ist nur so lange ein sittlich erlaubter, als er diesen Charakter behält. Der höhere sittliche Zweck der Industrie und des Handels ist eben nicht die Bereicherung der Producenten, sondern die Production und Vertheilung der zur Befriedigung der verschiedenen Lebensbedürfnisse dienenden materiellen Güter, und diesem Zwecke gemäß soll nicht der eigene Vortheil, sondern der Nutzen für die Gesammtheit der Gesichtspunkt sein, der den Producenten bei dem Be-

triebe seines Gewerbes leitet. Der Fabrikant ist also z. B. sittlich nicht berechtigt, schlechte Waare zu liefern, oder so hohe Preise zu fordern, als er unter gegebenen factischen Verhältnissen erlangen kann. Er ist noch weniger befugt, die Unkenntniß oder augenblickliche Noth des einzelnen Consumenten zu seinem Vortheile auszubeuten, und von ihm höhere Preise zu nehmen, oder schlechte Waare für gute zu verkaufen, und die Käufer durch wahrheitswidrige Vorspiegelungen über den Werth der Waaren zu täuschen. Dergleichen Uebervortheilungen und Prellereien stehen mit dem Grundsatze, daß die Menschen verpflichtet sind, sich in allen rechten und sittlichen Dingen einander beizustehen, in directem Widerspruche, und nach dem Grundprincip des germanischen Rechts können sie daher, weil sie sittlich verboten sind, auch rechtlich nicht erlaubt sein Nach diesem Princip ist das Recht, Handel und Gewerbe zu treiben, wie jedes Recht nach germanischem Begriffe ein sittlich beschränktes, ein Amt, welches dem Berechtigten um eines höheren sittlichen Zweckes willen verliehen, und welches er diesem Zwecke gemäß zu verwalten schuldig ist, wie sich dies auch in dem Namen Handwerksamt, officium, ausspricht.

Bei der großen Bedeutung nun, welche der ökonomische Verkehr für das ganze Leben des Volkes hat, und bei der grade im Handel und Wandel so nahe liegenden Gefahr unsittlicher Uebervortheilungen versteht sich von selbst, daß der Staat, wenn seine Aufgabe ist, das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken, den Verkehr nicht gehen lassen darf, wie er eben gehen will, indem er darauf vertrauet, daß die Gewissenhaftigkeit der Einzelnen auf der einen, und ihre Klugheit und Vorsicht auf der andern Seite die Gefahr des Uebervortheilens und Uebervortheiltwerdens schon beseitigen werde. Nach der ganzen

Natur des Verkehrs wird vielmehr eine Realisirung der für ihn geltenden sittlichen Normen nur dadurch möglich, daß er der speciellen Fürsorge und Aufsicht der Obrigkeit unterliegt, und daß die aus der Auffassung des Rechtes, Handel und Gewerbe zu treiben, als eines Amtes sich ergebenden Consequenzen auch durch das Recht verwirklicht werden.

Daraus ergeben sich folgende Principien:

1) Die Wahl der Erwerbsthätigkeit kann nicht blos von dem subjectiven Ermessen der Einzelnen abhängen. Der erste Grundsatz für ein sittlich geordnetes Gemeinleben ist, daß nicht jeder thun und treiben darf, was ihm persönlich angenehm und vortheilhaft ist, sondern daß jeder dasjenige thut, wozu er durch Geschick und Lebensverhältnisse berufen ist. Freilich versteht sich von selbst, daß es nicht die Aufgabe des Staates sein kann, jedem die für ihn geeignete Berufsthätigkeit zuzuweisen; vielmehr bleibt die Wahl derselben zunächst Sache des freien sittlichen Entschlusses der Einzelnen. Allein aus der Auffassung des Rechtes, Handel und Gewerbe zu treiben, als eines Amtes, das der Inhaber dem Interesse des Gemeinwohls gemäß zu verwalten hat, folgt einer Seits, daß nicht jeder beliebig dasjenige Gewerbe zu treiben berechtigt ist, welches ihm behagt, sondern daß dies Recht erst durch obrigkeitliche Concession, Verleihung[3]), erworben wird, und anderer

---

[3]) Daher die hin und wieder vorkommende Form des Lehens bei gewerblichen Rechten, so wie der dem Lehenrechte entnommene Ausdruck, das Meisterrecht muthen, dessen sprachliche Bedeutung auch in sofern von Interesse ist, als sich darin ausdrückt, daß derjenige, der das Lehen oder das Recht zu erlangen wünscht, den Muth hat, die damit verbundenen Pflichten zu übernehmen, und ausspricht, daß er sich zu deren Erfüllung tauglich hält. Daher soll der Geselle auch dreimal muthen. Vgl. die folgende Anmerkung.

Seits, daß diese Verleihung das Vorhandensein von Bedingungen voraussetzt, an welche sie im Interesse des Gemeinwohls geknüpft ist.

Zu diesen Bedingungen gehört vor Allem die zur gehörigen Verwaltung des in Frage stehenden Gewerbsbetriebes erforderliche Tüchtigkeit, indem natürlich nur derjenige, der diese besitzt, einen sittlichen Anspruch auf Verleihung hat. Zu dieser erforderlichen Tüchtigkeit gehört aber wiederum zweierlei: eines Theils die nöthige technische Geschicklichkeit, ohne welche der Fabrikant gute und preiswürdige Waare zu produciren nicht im Stande ist, und daher fordert das Zunftrecht auch überall zur Gewinnung des Meisterrechts die gehörige kunstmäßige Erlernung des Handwerks und den Nachweis der erforderlichen Tüchtigkeit durch Anfertigung eines Meisterwerks [4]); andern Theils aber auch der Besitz derjenigen sittlichen Eigenschaften, welche dafür bürgen, daß der Berechtigte das ihm verliehene Recht auch wirklich seinem höheren sittlichen Zwecke gemäß gebrauchen und überall Recht und Ehre höher stellen werde als seinen pecuniären Vortheil. Dieses letzte Requisit ist um so wichtiger, weil sich der gewerbliche Verkehr durch bestimmte Vorschriften über die angemessene Güte der Waare und Höhe der Preise nicht füglich reguliren, auch der Betrieb jedes Einzelnen sich nicht bis ins Einzelne controliren läßt, daher die Gefahr unsittlicher Uebervortheilung der Con-

---

[4]) Das hanseatische Seerecht Tit. 3. Art. I. bedroht denjenigen mit Strafe, der Schiffer wird, ohne die erforderliche Fähigkeit zu haben: „Ein jeglicher Schiffer soll des Compasses, des See- und Fahrwassers kundig sein, und das Schiff zu führen und zu steuern, zu laden und zu lassen, und das Volk anzuführen und zu regieren wissen. Gäbe sich jemand dafür aus, und könnte nicht bestehen, der soll nach Befind- und Ermäßigung gestraft werden.

sumenten und überhaupt eines unehrlichen Gewerbsbetriebes ganz unvermeidlich ist, wenn nicht die Persönlichkeit der zum Gewerbsbetriebe Berechtigten dafür Bürgschaft leistet, daß sie das ihnen verliehene Recht wirklich als ein ihnen anvertrautes Amt verwalten und ihren pecuniären Vortheil den Forderungen des Rechts und der Ehre unterordnen werden. Aus diesem Grunde haben die Zünfte dieses Requisit auch immer mit besonderer Strenge behandelt, und den Grundsatz festgehalten: „Die Zünfte und Aemter in den Städten müssen so rein sein, als wären sie von den Tauben gelesen," und „was unehrlich, können die Zünfte nicht leiden;" und demgemäß schließt das Zunftrecht von dem Betriebe eines zünftigen Gewerbes nicht nur alle diejenigen aus, auf denen ein Makel irgend einer Art haftet, oder welche, wie z. B. uneheliche Kinder und Juden, dafür, daß sie Recht und Ehre höher stellen würden als das Geld, nicht genügende Bürgschaft zu bieten scheinen; sondern überwacht auch das sittliche Verhalten der Lehrburschen und Gesellen während ihrer Lehr- und Wanderjahre, und fordert, daß derjenige, der das Meisterrecht gewinnen will, sich über sein bisheriges Verhalten durch eine gehörige Kundschaft auszuweisen vermag. [5])

Außer der Qualification des Einzelnen kommt jedoch für die Ertheilung oder Versagung der Concession noch die Frage in Betracht, ob die Ansetzung eines neuen Gewerbtreibenden überhaupt räthlich ist, und hierbei insbesondere **die Zahl der schon vorhandenen Producenten.** Es ist von der

[5]) Daneben soll der Geselle an dem Orte, wo er Meister werden will, ein oder mehrere Jahre als Geselle arbeiten, augenscheinlich, damit sowohl die Zunft als auch die Obrigkeit hinlängliche Gelegenheit haben, sich über seine technische und sittliche Tüchtigkeit zu unterrichten.

größten Wichtigkeit, daß diese eine dem Bedürfniß entsprechende sei, und neben der Persönlichkeit der Producenten liegt hierin die größte Garantie für die Realisirung eines sittlichen Gewerbebetriebes. Ist die Zahl zu gering, so können die Producenten den Bedürfnissen der Consumenten nicht genügen; auch entsteht die Gefahr der Uebertheuerung ihrer Waaren. Wird dagegen die angemessene Zahl überschritten, so wird damit, weil auf einem begrenzten Absatzgebiete nur eine bestimmte Zahl von Producenten sich ehrlich ernähren kann, die Möglichkeit eines ehrlichen Gewerbebetriebes unbillig erschwert oder selbst abgeschnitten. Die nothwendige Folge einer wirklichen Ueberfüllung wird, zumal wenn das Absatzgebiet nach der Natur des einzelnen Gewerbes oder aus anderen Gründen keiner Ausdehnung fähig ist, die sein, daß nicht nur einzelne Producenten bei allem Fleiße und tadelfreiem Betriebe ihres Gewerbes zu Grunde gerichtet und dem Elende Preis gegeben werden, sondern auch, daß Einzelne, um der ihnen drohenden Verarmung zu entgehen, zu allerlei unerlaubten Mitteln ihre Zuflucht nehmen; und die weitere Folge hiervon ist, daß auch die übrigen Producenten, um die Concurrenz aushalten zu können, zu ähnlichen Mitteln greifen, und dadurch der ganze Gewerbsbetrieb ein unsittlicher wird. Wenn aber der Staat von den einzelnen Producenten einen sittlichen und redlichen Betrieb ihres Gewerbes fordert, so muß er ihnen auch die Möglichkeit gewähren, daß sie sich durch einen solchen ehrlich ernähren können; sonst wird jene Forderung eine unbillige, weil Noth kein Gebot kennt; und nur so lange jene Möglichkeit besteht, und die Sachen so stehen, daß eine Entziehung des verliehenen Rechts zur Strafe für den Mißbrauch desselben wirklich eine Strafe ist, wird der höhere sittliche Zweck der Orga-

nisation des gewerblichen Verkehrs factisch realisirt werden können. — Wie daher bei der Ertheilung oder Versagung der Concession zum Betriebe eines Gewerbes neben der persönlichen Tüchtigkeit des Competenten auch die Zahl der schon vorhandenen Producenten in Betracht kommt, so kann sich auch Niemand über Ungerechtigkeit beklagen, wenn ihm aus diesem Grunde sein Gesuch abgeschlagen wird. Ebenso wenig, wie der zum Staatsdiener Qualificirte begehren kann, daß für ihn ein überflüssiges Amt geschaffen werde, kann der Gewerbtreibende verlangen, daß das Gemeinwohl seinem persönlichen Vortheil geopfert, und daß ihm gestattet werde, auf den Ruin der schon vorhandenen und den Bedürfnissen des Publicums genügenden Producenten zu speculiren. Daneben aber freilich fordert die Gerechtigkeit auch, daß nicht Hoffnungen und Aussichten erweckt werden, welche später nicht erfüllt werden können, und daher sorgt das Zunftrecht auch durch Beschränkung des Rechts, Lehrburschen zu halten, dafür, daß nicht Leute zu Handwerkern ausgebildet werden, denen, wenn sie Alles geleistet haben, was von ihnen verlangt werden kann, und wenn es zu spät für sie ist, sich einem andern Lebensberufe zuzuwenden, aus Rücksichten auf das Gemeinwohl die Gewinnung des Meisterrechts versagt werden muß.

2) Ebenso normirt für die Art und Weise, wie der Einzelne sein Gewerbe zu treiben berechtigt und verpflichtet ist, der Gesichtspunkt, daß dasselbe ein dem öffentlichen Nutzen dienendes Amt ist, und als solches verwaltet werden soll. Mit der Gewinnung des Rechts übernimmt der Gewerbtreibende auch die Pflicht, nicht nur das Publicum mit den zu seiner Competenz stehenden Producten zu versorgen, sondern auch sein Gewerbe so zu betreiben, daß es sowohl hinsichtlich der Güte

und Solidität der Waare, als auch hinsichtlich des Preises und der prompten Bedienung allen billigen Anforderungen entspricht. Es hängt daher nicht von seinem Belieben ab, ob er gute oder schlechte Waare verfertigen will, — denn die Abnehmer sollen sich eben auf seine Redlichkeit verlassen und auf Treu und Glauben kaufen können; — ebenso wenig ob er seine Waaren überhaupt verkaufen oder gemachte Bestellungen unausgeführt lassen will, — denn er darf das Publicum oder die Einzelnen nicht durch willkürliche Versagung seiner Dienste in Verlegenheit setzen, endlich ebenso wenig, zu welchen Preisen er verkaufen will, — denn er soll zu angemessenen Preisen verkaufen, und es ist lediglich Zweckmäßigkeitsfrage, ob die Obrigkeit in dieser Beziehung die Preise von vorn herein durch bestimmte Taxen regulirt, wie bei Bäckern, Fleischern, Fuhrleuten, Apothekern 2c., oder Beschwerden wegen Ueberſetzung erwartet. — Wie die Gewerbtreibenden ihre Gewerbe treiben sollen, darüber enthalten Zunft- und Polizeiordnungen eine Menge theils directer theils indirecter Bestimmungen, durch welche ein gehöriger Gewerbsbetrieb gesichert werden soll. Wenn z. B. ein Meister nur eine Werkstätte und nur einen Laden halten darf, so liegt der Grund dieser Bestimmung eben darin, daß er mehrere Werkstätten nicht genügend beaufsichtigen kann, und daß, wenn die vorhandenen Werkstätten nicht ausreichen, es billiger und gerechter ist, einen neuen Meister anzusetzen. Auf demselben Grunde beruht der Grundsatz, daß in der Regel ein Gewerbtreibender nicht mehrere verschiedenartige Gewerbe betreiben darf [6]).

Dagegen haben die Producenten auf der andern Seite

---

[6]) „Er kann viele Handwerke, aber Betteln ist das Beste; „wer viele Handwerke zu leich lernt, lernt selten was wohl und recht.“

auch einen sittlichen Anspruch darauf, daß das Publicum, welches ihrer Producte oder Dienste bedarf, und auf dessen Kundschaft sie rechnen durften, auch, so lange sie ihrer Seits ihre Schuldigkeit thun, wirklich ihnen vor Fremden und Pfuschern den Vorzug gebe. Wo die Errichtung eines Gewerbebetriebes die Verwendung eines bedeutenden Capitals erfordert, wie z. B. bei Mühlen, und der Unternehmer also nicht würde bestehen können, wenn er nicht wirklich den Absatz hat, auf den er rechnen durfte, erzeugt jener Anspruch ein wirkliches Bannrecht [7]), wobei sich freilich von selbst versteht, daß die Bannpflichtigen gegen unbillige Uebervortheilungen geschützt sein müssen, und nur soweit bannpflichtig sind, als der Bannberechtigte ihren gerechten Ansprüchen auf gute und prompte Bedienung zu genügen vermag. Sonst aber entscheiden folgende Rücksichten. Einer Seits führt der Grundsatz, daß die Menschen in allen rechten und sittlichen Dingen einander beizustehen schuldig sind, zu der Forderung, daß man demjenigen, der von seiner Arbeit lebt und der Arbeit bedarf, solche zuwende, und in dieser Beziehung stehen die Gemeindegenossen dem Arbeitgeber näher als Fremde, die gelernten Meister näher als Pfuscher, und daraus erwächst für die Gewerbtreibenden ein sittlicher Anspruch auf obrigkeitlichen Schutz gegen fremde Handwerker und Haustrer, so wie gegen Pfuscher, — Zunftzwang. Anderer Seits aber hat jenes Vorzugsrecht auch seine Grenzen, namentlich muß das Publicum gegen die aus Monopolen entspringenden Gefahren gesichert sein, und weil eine angemessene Concurrenz immer die beste Sicherheit gegen diese Gefahren gewährt, so muß nicht nur in den einzelnen Städten für eine solche durch Ansetzung einer ange-

---

7) Möser das natürliche Recht der ersten Mühle. Patriotische Phantasieen Th. 2. S. 404.

messenen Anzahl von Producenten für jeden einzelnen Gewerbszweig gesorgt, sondern auch durch Jahrmärkte und durch das den Kaufleuten und Krämern in einer der Natur des einzelnen Gewerbszweiges entsprechenden Weise zu gewährende Recht, mit auswärtigen Fabrikaten zu handeln, eine Concurrenz von Seiten fremder Fabrikanten gestattet werden.

3) Endlich ist der Producent bei dem Betriebe seines Gewerbes auch seinen Mitproducenten sittliche Rücksichten schuldig. Vom Standpunkte der natürlichen Freiheit aus betrachtet, sind Gewerbsgenossen, weil sie durch ihre Concurrenz sich gegenseitig in ihrem Erwerbe beschränken, natürliche Feinde; der Ruin des einen ist der Vortheil des andern; und sie sind befugt, sich durch alle gesetzlich nicht verbotenen Mittel einander vom Markte zu verdrängen. Vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet sind sie dagegen als Berufsgenossen, welche gemeinsame sittliche Interessen haben und denselben sittlichen Zweck verfolgen, natürliche Freunde, welche nicht berechtigt, aus Brodneid einander zu schaden, sondern im Gegentheil sittlich verpflichtet sind, sich einander wie Brüder in utili et honesto beizustehen. Diese sittliche Zusammengehörigkeit der einzelnen Gewerbsgenossen und das natürliche Bedürfniß derselben, sich zum Schutze nicht nur ihrer materiellen, sondern hauptsächlich ihrer sittlichen Interessen mit einander auch äußerlich zu verbinden, hat im germanischen Rechte durch das Zunft- und Innungswesen Ausdruck und Befriedigung erhalten. Die Zunft, zu der die einzelnen Gewerbsgenossen einer Stadt mit einander verbunden sind, und mittelst deren sie mit den Gewerbsgenossen anderer Städte durch das ganze Reich in Verbindung stehen, begründet ein Fraternitätsverhältniß zwischen den einzelnen Zunftgenossen, und ein nicht unwesentlicher Zweck der Zünfte, deren eigentliche Aufgabe eben

die sittliche Regelung des ganzen Gewerbebetriebes und Lebens der Zunftgenossen ist, ist grade in obiger Beziehung die Aufrechterhaltung der jenem Fraternitätsverhältnisse entsprechenden Gesinnung gegen die entsittlichenden Wirkungen des Brodneides.

In ähnlichen sittlichen Beziehungen, wie zu den übrigen selbstständigen Gewerbsgenossen, steht der Gewerbtreibende zu den Arbeitern, deren Hülfe er bei dem Betriebe seines Geschäfts gebraucht. Vom Standpunkte der natürlichen Freiheit aus betrachtet ist der Gewerbtreibende berechtigt, die Arbeiter, deren Hülfe er braucht, daher zu nehmen und so mit ihnen zu contrahiren, wo und wie es für ihn am vortheilhaftesten ist, ohne sich weiter um das sittliche und leibliche Wohl derselben zu kümmern. Vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet, ist der Meister, der als Dienstherr in einem Herrschaftsverhältniß zu seinen Arbeitern steht, nicht befugt, dieses Verhältniß lediglich aus dem Gesichtspunkte seines pecuniären Vortheils aufzufassen; das Dienstverhältniß begründet sittliche Beziehungen unter den Betheiligten, und der Dienstherr ist vermöge derselben sittlich verpflichtet, nicht nur den Arbeitern die Arbeit und den Lohn zu geben, worauf sie einen sittlichen Anspruch haben, sondern auch zugleich für das sittliche und leibliche Wohl derselben Sorge zu tragen, und Zucht und Aufsicht in Bezug auf ihr Leben zu üben. Von diesem Gesichtspunkte aus regulirt das Zunftrecht das Verhältniß des Meisters zu den Lehrlingen und Gesellen. Es bestimmt in Bezug auf die Lehrlinge die Erforderniſſe, welche ein solcher haben muß, so daß nur derjenige als Lehrling angenommen werden darf, der demnächst zünftiger Meister werden kann, ferner die Zahl der Lehrlinge, damit eines Theils den Gesellen nicht die ihnen gebührende, aber freilich dem Meister theurere Arbeit entzogen wird, und

andern Theils nur diejenige Zahl von Gewerbtreibenden zu Meistern ausgebildet wird, welche voraussichtlich auch wirklich zur Ausübung des Meisterrechts zugelassen werden kann; endlich die Lehrzeit, damit die Lehrlinge weder aus Gunst zu früh losgesprochen, noch auch aus Eigennutz zu lange vom Meister in dieser Stellung festgehalten werden [8]). Es bestimmt ferner in Bezug auf die Gesellen den Lohn, der ihnen gegeben werden muß, die Beschaffenheit und Dauer der Arbeit, sichert ihr Recht auf Arbeit, z. B. durch das Verbot, Gesellenarbeit durch Andere, namentlich durch Frau und Töchter verrichten zu lassen, so wie durch die Verpflichtung des Jungmeisters, für die ankommenden Gesellen sich nach Arbeit umzuschauen, und regulirt ihre weitere technische Ausbildung durch die Bestimmung über das Wandern, wobei die geschenkten Zünfte auch für die erforderliche Unterstützung durch Geschenke an die wandernden Gesellen Sorge tragen. Daneben aber sorgt das Zunftrecht zugleich namentlich auch für eine Ueberwachung des sittlichen Wandels der Lehrlinge und Gesellen, theils um sie vor Abwegen zu bewahren, theils um das Eindringen unreiner Elemente in die Innung zu verhüten. Die Lehrlinge und Gesellen werden vom Meister in dessen häusliche Gemeinschaft mit aufgenommen, gehören mit zur Familie desselben und stehen unter seiner hausväterlichen Zucht und Aufsicht [9]); zugleich übt aber

---

[8]) Dabei entspricht es freilich der Billigkeit, daß ein geringer Theil der Lehrzeit dem Lehrlinge erlassen werden, so wie daß statt der Zahlung eines Lehrgeldes eine Verlängerung der Lehrzeit, bei der das Lehrgeld durch die Arbeit der spätern Zeit bezahlt wird, verabredet werden kann.

[9]) Daß diese für die Sittlichkeit der Gesellen so wohlthätige und überhaupt im Interesse eines sittlichen Handwerksbetriebes gebotene Sitte mehr und mehr abgekommen ist, ist ohne Zweifel auch mit eine Folge der gesetzlichen Bestimmungen, wodurch uneheliche Kinder, wenn sie legitimatio minus plena erhalten haben, und Kinder „unehrlicher Leute“ für zunftfähig er-

auch die Zunft selbst eine Aufsicht über ihr sittliches Thun und Treiben, indem sie ihnen die Kundschaft ertheilt oder versagt, durch welche sie sich da, wo sie Arbeit suchen oder das Meisterrecht gewinnen wollen, über ihr sittliches Verhalten ausweisen müssen [10]).

4. Damit nun aber die für den gewerblichen Verkehr geltenden sittlichen Normen auch wirklich beobachtet werden, sind zwei Dinge erforderlich. Zunächst muß der gewerbliche Verkehr der speciellen Aufsicht und Fürsorge der Obrigkeit unterliegen. Während nach römischem Princip der Staat auch in den Fällen, wo er im Interesse der Sittlichkeit allgemeine Vorschriften aufstellt, doch sich eben hierauf beschränkt, und dem durch Uebertretung derselben Verletzten die Geltendmachung seines Rechts im gewöhnlichen Rechtswege überläßt, also, wenn dieser seine Ansprüche ruhen zu lassen gemeint ist, oder die Verletzung nicht darthun kann, sich ebenfalls um die begangene Unsittlichkeit nicht kümmert, fordert das germanische Recht eine officielle und specielle Ueberwachung des Verkehrs im Interesse der Sittlichkeit. Daher gehören Zunftstreitigkeiten und Klagen über Handwerker nicht vor die ordentlichen Gerichte, sondern vor die Polizei (vor das Gewett, die tabula excessuum) und es sollen dergleichen Sachen nicht nur

---

klärt wurden. Nur so lange kann offenbar einem Meister zugemuthet werden, einen fremden Gesellen in sein Haus und seine Familie aufzunehmen, als er zu der Voraussetzung berechtigt und verpflichtet ist, daß der Geselle ehrlicher Leute Kind und ein sittlich unbescholtener Mensch sein werde.

[10]) Gegen den Mißbrauch, welcher von Unberufenen durch falsche Urkunden oder durch den unrechtmäßigen Besitz der echten Urkunden getrieben werden konnte, sicherte der Handwerksgruß, der nur den Berufenen mitgetheilt wurde, und dessen genaue Kenntniß daher zur vollständigen Beglaubigung erforderlich war.

ohne weitläufigen Proceß kurz und summarisch abgemacht werden, sondern die Obrigkeit, auch ohne desfallsige Klagen abzuwarten, ex officio gegen Unredlichkeiten und Mißbräuche einschreiten [11]). — Bei der Leichtigkeit, womit vermöge der Natur des gewerblichen Verkehres, diese obrigkeitliche Aufsicht von den Gewerbtreibenden in unzähligen Fällen eludirt werden kann, würde jedoch diese Aufsicht nicht ausreichen, wenn die Gewerbtreibenden nicht selbst von dem Bewußtsein der Pflicht zu einem sittlichen Betriebe ihres Gewerbes durchdrungen sind [12]), und es muß daher als zweites noch hinzukommen, daß der Handwerker- und Kaufmannsstand den rechten und sittlichen Betrieb des Gewerbes zur Ehrensache macht, und von diesem Gesichtspunkte aus selbst, natürlich unter Oberaufsicht der Obrigkeit, den Gewerbsbetrieb jedes einzelnen Gewerbsgenossen überwacht. Dies zu realisiren und die hierzu erforderliche Gesinnung in den einzelnen Gewerbsgenossen zu erhalten und zu kräftigen, ist der eigentliche und Hauptzweck des Zunft- und Innungswesens. Anlehnend an die religiösen Festmahle der ältesten Zeit bildeten sich schon frühe Vereine und Brüderschaften zu gemeinsamer Religionsübung und Realisirung christlicher Zwecke, und nach dem Vorbilde dieser zum Schutze und zur

---

[11]) Hauptsächlich mit aus diesem Grunde, und weil der Betrieb der auf dem platten Lande vereinzelt wohnenden oder hausirenden Handwerker und Krämer einer speciellen Aufsicht nicht unterworfen werden kann, dann aber freilich auch, weil solchen Gewerbtreibenden alle Mittel zur gehörigen weiteren Ausbildung ihrer Tüchtigkeit fehlen, Landhandwerker daher gewöhnlich nur Pfuscherarbeit machen werden, gilt denn auch das Princip, daß Handel und Gewerbe nur in den Städten getrieben werden dürfen.

[12]) Daher ist denn auch, wie bereits erwähnt, der wichtigste Theil jenes Aufsichtsrechts die Befugniß der Obrigkeit, das Recht des Gewerbebetriebes zu verleihen und zur Strafe zu entziehen, so wie die Festsetzung der Zahl der Gewerbtreibenden.

Förderung sittlicher Interessen und überhaupt des individuellen sittlichen Lebens und der individuellen sittlichen Freiheit Gilden, die einen mehr oder minder religiösen Charakter trugen und im Bürgerstande allgemeine Verbreitung fanden. Ihrem Ursprunge und Zwecke gemäß wählten alle solche Gilden einen Heiligen zu ihrem Schutzpatron, hatten ihre religiösen und festlichen Zusammenkünfte, schützten und unterstützten die einzelnen Mitglieder in Noth und Gefahr, und übten theils unmittelbar, theils mittelbar, durch den das ganze germanische Genossenschaftswesen beherrschenden Grundsatz, daß unbescholtene Ehre unerläßliches Requisit der Genossenschaftsfähigkeit sei, eine sittliche Zucht über die einzelnen Mitglieder. In dem Maaße, als diese Gilden im Handwerker- und Kaufmannsstande sich ausbreiteten und erstarkten, mußte ein Theil des obrigkeitlichen Aufsichtsrechts um so nothwendiger auf sie übergehen, als nach den Grundprincipien der germanischen Staats- und Rechtslehre der Staat grade die sittliche Freiheit der Individuen zum Zwecke hat, und folglich ein Berufsstand, der selbst sittliche Zucht an dem Leben der einzelnen Genossen ausübt, damit auch dem Zuchtrechte des Staates entwächst. Ursprünglich und so lange der Handwerksbetrieb als ein unfreies Gewerbe betrachtet ward, lag das Aufsichtsrecht über denselben natürlich vorzugsweise in der Hand der Obrigkeit, und als der Gewerbestand an Bedeutung gewann, wurden für die einzelnen officia „magistri“, Meister bestellt, welche den Betrieb des officii zu beaufsichtigen hatten, und dafür verantwortlich waren. In dem Maaße aber, in welchem der Gewerbestand durch die Gilden eine Mitaufsicht über den Gewerbebetrieb und das Leben der Innungsgenossen zu üben begann, erwarb er auch einen sittlichen Anspruch auf Betheiligung

an dem obrigkeitlichen Zunftregiment, das zunächst in dem Rechte, in gewerblichen Angelegenheiten mit seiner Ansicht gehört zu werden, bestand, dann zu dem Rechte der Gilden führte, die ihnen vorgesetzten Meister selbst zu wählen, und endlich einen großen Theil des Rechts und der Pflicht, die Ehre des Gewerks zu überwachen, in die Hände der Zünfte und Gilden brachte. Der Geist, in dem sie dieses durch Geldbußen und Ausstoßung aus der Zunft (Unehrlicherklären, Schelten) geübte Aufsichtsrecht handhabten, spricht sich am besten in der bereits mehrfach erwähnten Parömie aus: „die Aemter und Zünfte in den Städten müssen so rein sein, als wären sie von den Tauben gelesen", und ebenso giebt eine Menge von Bestimmungen, welche später eine unverständige Legislation und Doctrin als „Handwerksmißbräuche" beseitigte, das beste Zeugniß von der Strenge und dem Ernste, womit die Zünfte durch eine scharfe Zucht, welche sich auch über das Privatleben der Zunftgenossen wie der Gesellen und Lehrlinge erstreckte, den Begriff der Ehre faßten, und sich von jeder Unsittlichkeit und Unehrenhaftigkeit rein zu erhalten strebten [13]).

---

[13]) Unter diese „Mißbräuche" wird von Fricke unter Anderem gerechnet, wenn die Zünfte den für unehrlich halten, welcher nur ein geringes Verbrechen begangen (z. B. Ehebruch, oder Unterschlagung, die ein Bäcker am Backteige verübt, das Wegfangen fremder Hunde oder Tauben), die Tortur ausgestanden, oder restitutio famae erhalten hat, ferner wer seine oder eines Andern Hure, oder eine Frau aus den für unehrlich gehaltenen Ständen heirathet, oder dessen Frau zu früh ins Kindbette kommt, wer sein gefallenes Vieh statt des Abdeckers selbst verscharrt, oder mit dem Abdecker Umgang hält; endlich Rothgerber, welche Hundehäute, oder Tuchmacher, welche Raubwolle verarbeiten, oder Metzger, welche krankes Vieh schlachten u. s. w.

Zweites Capitel.

Obligationen aus anderen Gründen.

§. 33.

Die Privatdelicte.

Ueber die Privatdelicte wird hier nur Weniges zu sagen sein. Am schärfsten tritt bei ihnen der principielle Gegensatz zwischen dem römischen und germanischen Rechte in der Verschiedenheit der Behandlung der Injurie und des Diebstahls hervor. Von der Injurie ist jedoch schon oben in dem Abschnitte über die Ehre die Rede gewesen. Hinsichtlich des Diebstahls, von dem ebenfalls schon gelegentlich (§. 25) gehandelt worden, und dessen Erörterung im Uebrigen in das Criminalrecht zu verweisen ist, möge hier nur angedeutet werden, daß, wenn das römische Recht ihn als ein geringfügiges Privatdelict, das germanische Recht dagegen als ein unter Umständen mit dem Strange zu bestrafendes Criminalverbrechen auffaßt, diese Verschiedenheit eben lediglich in der Verschiedenheit der römischen und germanischen Ansicht über das Verhältniß des Rechts zur Sittlichkeit ihren Grund hat. Das germanische Recht faßt grade die in dem Diebstahle liegende Unsittlichkeit und die aus der Heimlichkeit resultirende Zerstörung des öffentlichen Vertrauens als den für die Bestrafung des Diebstahls maaßgebenden Gesichtspunkt auf, und behandelt ihn daher als ein schweres Criminalverbrechen. Das römische Recht dagegen läßt consequenter Weise dieses Moment unbeachtet, und kann daher in dem Diebstahle nur eine widerrechtliche, der Privatverfolgung zu überlassende Eigenthumsverletzung sehen.

In Betreff der widerrechtlichen Beschädigung kann natürlich darüber kein Zweifel und keine Differenz der Ansichten sein, daß jeder schuldig ist, den durch seine Schuld, absichtlich oder aus Fahrlässigkeit, einem Andern zugefügten Schaden zu erstatten. Nur in sofern macht sich im germanischen Rechte der Gesichtspunkt der Billigkeit im Gegensatze zum römischen Rechte geltend, daß bei Körperverletzungen der Verletzte auch ein sogenanntes Schmerzensgeld in Anspruch zu nehmen befugt ist [1]). — Ein charakteristischer Unterschied findet sich dagegen bei der Behandlung des casuellen oder in Folge eines Nothstandes zugefügten Schadens. Vom Standpunkte des römischen Rechts aus kann es keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige, der ohne Schuld in Folge eines Zufalles oder im Nothstande dem Andern einen Schaden zugefügt hat, zu keinerlei Ersatz verbunden ist. Vom Standpunkte des germanischen Rechts aus versteht sich zwar ebenfalls von selbst, daß der Beschädigende unter solchen Umständen nicht zum vollen Ersatze verbunden sein kann. Eine andere Frage aber ist, ob er den Schaden, den er doch einmal, wenn auch ohne seine Schuld, dem Andern zugefügt hat, nicht wenigstens mittragen muß, und von diesem Gesichtspunkte aus bestimmt z. B. das hanseatische Seerecht Tit. 10, daß alle solche Schäden an Schiffen, welche ohne Schuld des einen oder andern Schiffers verursacht werden, von beiden Theilen gemeinschaftlich zur Hälfte getragen werden.

---

[1]) Ihering, der die Behandlung der Privatdelicte aus dem Princip des Rechts der Selbhülfe — Privatrache — erklärt, macht a. a. O. S. 131 auf die allerdings frappante Thatsache aufmerksam, daß die Verbindlichkeit zum Schadenersatze nach der Lex Aquilia über den wirklich zugefügten Schaden hinausgeht.

§. 34.
Gesetzliche Obligationen.

Ein besonderes ergiebiges Feld ist für denjenigen, der Verschiedenheiten zwischen dem römischen und germanischen Rechte aufsuchen will, das Capitel von den gesetzlichen Obligationen, d. h. von denjenigen natürlichen Verpflichtungen, welche, ohne speciell durch Vertrag oder Delict begründet zu sein, aus den sittlichen Verhältnissen und Beziehungen, in denen die Menschen zu einander stehen, unmittelbar originiren.

Das römische Recht geht, wie gesagt, von der Voraussetzung aus, daß die Menschen, wie sie auch sittlich zu einander stehen mögen, rechtlich einander von Haus aus fremd und pflichtlos gegenüberstehen, und überläßt auch im Staate die Erfüllung der aus den natürlichen Verhältnissen und Beziehungen entspringenden sittlichen Pflichten dem Gewissen der Einzelnen. Natürliche Rechtspflichten kann es daher im römischen Rechte eigentlich auch gar nicht geben; positive Pflichten können nur durch Vertrag oder Delict entstehen, — omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto — oder aus Handlungen und Verhältnissen, welche als Quasicontract und Quasidelict angesehen werden können. — So steht die Sache im römischen Rechte principiell auch wirklich, nur ausnahmsweise sind in einzelnen Fällen sittliche Pflichten aus Gründen der aequitas und utilitas zu Rechtspflichten erhoben, — namentlich gilt dies im Verhältnisse der Nachbarn zu einander — und so lassen sich allerdings einige wenige Beispiele gesetzlicher Obligationen im römischen Rechte auffinden.

Das germanische Recht dagegen geht von der Voraussetzung aus, daß die Menschen von Haus aus sittlich verpflichtet

sind, einander in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen, und erhebt diese sittlichen Pflichten, so weit sie den Charakter der Evidenz haben, zu Rechtspflichten. Daraus ergeben sich eine Menge von gesetzlichen Obligationen, welche entweder unmittelbar aus einer allgemein menschlichen Pflicht originiren, und daher zwischen allen Menschen gelten, oder Folge derjenigen sittlichen Beziehungen sind, welche durch ein besonderes, bestimmte Menschen in nähere Verbindung mit einander bringendes Verhältniß begründet werden. Solche besondere Verhältnisse, welche jener allgemeinen Menschenpflicht einen besondern Inhalt geben, sind z. B. Verwandtschaft, Gemeindegenossenschaft, Nachbarschaft, Berufsgemeinschaft, Miteigenthum, Dienstvertrag ꝛc. und die durch sie begründeten zu Rechtspflichten erhobenen sittlichen Pflichten sind schon bei Besprechung dieser Verhältnisse hervorgehoben. Hinsichtlich der allgemein menschlichen Pflichten wird die Erwähnung einiger Beispiele genügen. Zunächst die Pflicht der Gastfreundschaft, welche das ältere germanische Recht als Rechtspflicht behandelt, so wie die im Sachenrechte bereits erwähnte Pflicht, dem Wanderer die Stillung seines Hungers an den Feldfrüchten zu gestatten. Sodann die particularrechtlichen Verbote des Ausmiethens von Dienstboten, die Verbote, jemand in den Handel zu fallen, die Verbote der Aufkäuferei ꝛc. Ferner die vielfach und in den verschiedensten Anwendungen vorkommende Pflicht, sich bei Auseinandersetzungen oder bei Streitfällen ohne Proceß zu vertragen oder der Entscheidung Sachverständiger zu unterwerfen, wozu es im römischen Rechte immer eines speciellen Vertrages bedarf ꝛc.

Eine besondere Erwähnung verdient in dieser Beziehung die Verschiedenheit der Behandlung der Schenkung im römischen

und germanischen Rechte. Die Veranlassungen zu Geschenken und die Pflicht zu schenken sind natürlich rein sittlicher Natur, und werden daher von den Römern auch nicht nur als etwas ganz dem freien Ermessen der Einzelnen Angehöriges behandelt, sondern es zeigt sich bei ihnen selbst ganz unzweideutig die Ansicht, daß Schenkungen durch das Recht nicht zu begünstigen, sondern im Gegentheil zu beschränken seien. — Grade das entgegengesetzte Princip macht sich im germanischen Rechte geltend. Die Verpflichtung, sich einander in allen rechten und sittlichen Dingen zu unterstützen, wird in einer Menge von Fällen grade durch Schenkungen erfüllt, außerdem fordert die Sitte in vielen Verhältnissen die Bethätigung und Bestärkung der durch dieselben begründeten sittlichen Beziehungen durch Geschenke, und dem Grundprincip des germanischen Rechts gemäß ist bei einer Menge von solchen Fällen die ursprünglich rein sittliche Pflicht zur Rechtspflicht erstarkt, wie dies z. B. bei manchen Steuern, Grundabgaben, Dienstemolumenten 2c. der Fall ist.

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

---

§. 35.

Entstehung und Rechtsgrund der Intestaterbfolge.

Das germanische Intestaterbrecht ist wiederum ganz einfach auf die Vorschriften gegründet, welche das Sittengesetz für die Erbfolge aufstellt, und durch die Erhebung dieser Vorschriften zu Rechtsnormen entstanden. — Mit dem Tode eines Menschen hört nämlich zwar das persönliche Recht desselben an dem von ihm während seines Lebens besessenen Vermögen auf, für das sittliche Bewußtsein des Menschen bedarf es aber keines besondern Beweises, daß jenes Vermögen darum doch kein herrenloses Gut ist, das jeder Dritte sich beliebig anzueignen berechtigt wäre. Wäre es aus dem Grunde, weil der bisherige Besitzer weggefallen ist, auch als herrenlos zu bezeichnen, so würde das Occupationsrecht Dritter doch immer durch den Umstand ausgeschlossen, daß Personen vorhanden sind, welche vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet ein näheres Recht an dem Nachlasse haben, und denen daher der Vorzug gebührt; und für das sittliche Bewußtsein besteht eben in dieser Beziehung

kein Zweifel, daß die Kinder des Verstorbenen und überhaupt diejenigen, welche ihm durch die Bande des Blutes am nächsten standen, vermöge dieser ihrer sittlichen Stellung zu dem Verstorbenen, welche schon bei dessen Leben Beziehungen zu dem Vermögen desselben begründete, die Nächsten zu der Erbschaft sind. Von einer Herrenlosigkeit des Vermögens eines Verstorbenen in dem erwähnten Sinne kann daher keine Rede sein. Das Vermögen eines Menschen gehört, wenn man dessen sittliche Bestimmung und die sittliche Stellung des Besitzers zu seinen Kindern und sonstigen Blutsverwandten ins Auge faßt, nicht dem Besitzer allein, sondern ihm und seiner Familie, und die Erbfolge nach germanischem Princip ist daher wirklich, wie Hegel [1]) dieselbe treffend definirt, „ihrem Wesen nach ein Eintreten in den eigenthümlichen Besitz des an sich gemeinsamen Vermögens."

Daraus, daß die Intestaterbfolge auf der sittlichen Nächstberechtigung der Blutsverwandten beruht, folgt zweierlei. Die sittliche Nächstberechtigung der Erben ist bei dem Tode des Erblassers bereits existent, und weil nach der germanischen Ansicht die Einzelrechte nicht aus dem Willen des Berechtigten, sondern aus seiner sittlichen Berechtigung entspringen, so fällt auch die Erbschaft den Erben ohne Weiteres zu, und es bedarf für sie zum Erwerbe derselben nicht noch erst eines besondern Erbschaftsantrittes. „Der Todte erbt den Lebendigen." Die Erben können freilich nicht gezwungen werden, die Erbschaftssachen an sich zu nehmen, allein sie gehören ihnen ohne Weiteres, und Delation und Acquisition der Erbschaft fällt nach germanischem Rechte zusammen.

---

[1]) Philosophie des Rechts §. 178.

Sodann folgt daraus ferner, daß die Verpflichtung der Erben, die Schulden des Erblassers zu zahlen, im Gegensatze zum römischen Rechte keine unbeschränkte ist. Die Erben, welche die Güter des Verstorbenen erhalten, müssen allerdings auch die Schulden desselben bezahlen; diese Verpflichtung beruht aber nicht, wie im römischen Rechte, auf der Fiction der Personeneinheit zwischen dem Erblasser und Erben, sondern auf dem Princip, daß mit dem Nachlasse auch die darauf ruhenden Verbindlichkeiten auf den Erben übergehen. Daher kann jene Verpflichtung zunächst keinen Falls über den Bestand des Nachlasses hinausgehen, wie im römischen Rechte, und sie ergreift ferner auch nicht alle Schulden, sondern nur diejenigen, mit denen die Erbschaft zu belasten der Erblasser sittlich berechtigt war. Sie beschränkt sich daher nach dem Recht des Sachsenspiegels: einer Seits, weil der Erblasser die Immobilien nicht willkürlich veräußern durfte, auf den Bestand der fahrenden Habe, anderer Seits, weil der Erblasser zu Liberalitätshandlungen auf Kosten der Erben nicht befugt war, auf diejenigen Schulden, für welche der Erblasser ein Aequivalent empfangen, oder zu fordern hatte, bei denen also der Gesichtspunkt der versio in rem zutrifft.

Die Genesis des römischen Intestaterbrechts ist nicht so einfach. Die sittliche Verpflichtung der Menschen, die Nächstberechtigung der Blutsverwandten zur Succession in den Nachlaß des Verstorbenen zu respectiren, ist eben eine sittliche, und muß daher nach dem Grundprincip des römischen Rechts Gewissenssache der Einzelnen bleiben. Von ihr aus können die Römer daher zu einem Intestaterbrecht nicht gelangen; sie bedürfen eines andern Ausgangspunktes und vermögen überhaupt nur auf künstlichem Wege ein Intestaterbrecht zu schaffen. —

Im Zustande der natürlichen Freiheit nämlich kann von einem Erbfolgerechte begreiflicher Weise keine Rede sein, vielmehr versteht sich von selbst, daß jeder berechtigt ist, sich die von einem Menschen besessenen und durch seinen Tod herrenlos gewordenen Gegenstände anzueignen. Dieses Rechtsverhältniß erleidet auch durch die Gründung des Staates keine Veränderung, weil mit dem Tode eines Menschen natürlich auch seine Rechte an dem von ihm besessenen Vermögen aufhören; die Nachlaßgegenstände werden, weil eben das Rechtssubject, dem sie gehörten, weggefallen ist, auch im Staate res nullius, und können daher von jedem, der sie haben will, genommen und usucapirt werden [2]).

Eine Durchbrechung erleidet dieses Princip jedoch vermöge

---

[2]) Dies wird im römischen Rechte nicht nur theoretisch anerkannt, sondern auch selbst praktisch bis in die Kaiserzeit festgehalten. Daß es übrigens zum Eigenthumserwerbe noch einer Usucapion bedarf, beruht lediglich darauf, daß das alte jus civile solche in allen Fällen fordert, und die dem jus gentium angehörige Occupation nicht kennt. — Schon dieser Satz des römischen Rechts, daß Sachen eines Verstorbenen res nullius seien, und die darauf gegründete usucapio pro herede beweisen, daß ein Intestaterbrecht der Blutsverwandten zu Anfang nicht bestand und nicht als etwas Selbstverständliches betrachtet wurde, weil darin ein begrifflicher Widerspruch liegen würde. Der Grund, den Gaius II. 55 für die usucapio pro herede angiebt: quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent etc., hat wohl schwerlich ihre „Einführung" veranlaßt; sie folgte aus dem Satze, daß Sachen eines Verstorbenen res nullius seien, von selbst, und man kann nur etwa annehmen, daß jener Grund mit ein Motiv war, sie nicht aufzuheben. Bei der Plebs machte sich die Sache übrigens anfangs in sofern ganz von selbst, weil die ersten Einwanderer natürlich in der Regel keine Seitenverwandten in Rom hatten. Beim Aussterben der ersten Generation konnten also nur die sui in Betracht kommen, und erst beim Aussterben der zweiten Generation von einer Erbfolge der Seitenverwandten die Rede sein. Bei der Plebs machte sich die Sache also auch aus historischen Gründen so, wie im Folgenden ausgeführt wird.

der Art und Weise, wie die Römer die väterliche Gewalt construiren, von vorn herein für den Fall, wenn der Verstorbene Kinder hinterlassen hat. Die in patria potestate befindlichen Kinder sind, wie oben gezeigt, nach der römischen Ansicht gar keine selbstständigen neben dem Vater existirenden Personen; sie bilden nur eine Erweiterung der Persönlichkeit des Vaters und stehen zu ihm in der sogenannten unitas personarum. Daraus folgt, daß das Rechtssubject, dem das Vermögen gehört, bei dem Tode des Vaters als fortexistirend gedacht werden muß, oder wenigstens gedacht werden kann. Nur die physische Person des Vaters, nicht aber die juristische, — welche vermöge der Personeneinheit die Kinder mit in sich begreift, — geht streng genommen durch den Tod des Vaters unter; diese letztere besteht in den Kindern fort[3]), und die natürliche Folge dieser Auffassung ist, daß die Kinder ipso jure und mit einer von ihrem Willen unabhängigen Rechtsnothwendigkeit in die Person des Vaters succediren, daß sie also verpflichtet sind, die Schulden des Vaters ohne Rücksicht auf den Bestand des Activvermögens ganz als ihre eigenen anzuerkennen, und daß, wenn mehrere Kinder vorhanden sind, die Sache einfach so behandelt wird, als sei die Person des Vaters in so viele ideelle Theile zerfallen.

---

[3]) So faßt auch Puchta Institutionen Bd. 3. §. 304. die Sache auf. „die sui sind gleichsam von selbst Erben, wenn sie nur nicht ausgeschlossen sind. Das Haupt der Familie hat das Vermögen; dieses gilt nun beim Tode des bisherigen Hauptes von seinen sui. Das Subject des Vermögens verändert sich gewissermaßen gar nicht. Daher geben ihnen die Zwölftafeln nicht einmal ausdrücklich das Vermögen, sondern den übrigen Agnaten in ihrer Ermangelung, und diese sind daher eigentlichste legitimi heredes: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.“ —

So kommen die Römer von ihrem Standpunkte aus wenigstens für diesen einen Fall zu einer Art von Erbfolge, die freilich begrifflich (als Fortsetzung der Person des Verstorbenen) ganz anders construirt und daher auch praktisch anders gestaltet ist, als die germanische Erbfolge, aber doch ein ähnliches Resultat gewährt; und nun lag, da es ein natürlicher Wunsch jedes Menschen ist, daß sein Vermögen nach seinem Tode denen zufällt, welche ihm nahe stehen, dies auch für die Römer schon wegen der sacra von besonderm Interesse war, der Gedanke nahe, jene Form der Succession in Ermangelung natürlicher Kinder auf andere Fälle analog auszudehnen. Dies konnte zunächst durch Arrogation oder Adoption geschehen, durch welche, bei der Arrogation vermittelst eines speciellen Volksbeschlusses [4]), der Arrogirte juristisch zum Sohne des Arrogirenden gemacht wurde, folglich beim Tode desselben in sein Vermögen succedirte. Mit der Arrogation ergab sich aber auch von selbst die Möglichkeit, einen Schritt weiter zu gehen. Eben so gut nämlich, wie jemand durch einen Volksbeschluß juristisch sofort zum Sohne eines Andern gemacht werden konnte, konnte dies auf Grund eines Volksbeschlusses auch in der Weise geschehen, daß die Wirkung des Actes bis zum Tode des arrogans ausgesetzt blieb und der zu Arrogirende erst dann in das Kindesverhältniß eintreten sollte, daß also jemand mit Genehmigung des Volkes nicht sofort, sondern erst für den Fall seines

[4]) Populi auctoritate. — Populus rogatur, an id fieri jubeat. Gaius I, §. 98, 99. Ejus rogationis verba haec sunt: Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eo potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos Quirites rogo. Gellius V. 19.

Todes einen Sohn und Erben arrogirte. So haben wir die testamenta comitiis calatis condita und in procinctu, deren Rechtswirkung auf demselben Grunde beruht, wie die der Arrogation, und welche sich von dieser juristisch nur dadurch unterscheiden, daß die Rechtswirkung des Actes bis zum Tode des Testators hinausgeschoben wird, und der zu Arrogirende nicht gleich, sondern erst dann die seiner Seits erforderliche einwilligende Erklärung abgiebt [5]). Die dergestalt constituirte testamentarische Erbfolge wird nun natürlich, wie sie dem Kindschaftsverhältnisse nachgebildet wird, und gewissermaaßen auf der Fiction desselben beruht, auch juristisch ganz der Erbfolge der sui gemäß construirt, so daß also auch hier eine Personeneinheit zwischen dem Erblasser und Erben angenommen wird. Nur dadurch unterscheidet sie sich von jener, daß die Succession nicht ipso jure stattfindet, sondern wie bei der Arrogation eine Einwilligung des Erben erforderlich ist, daß also die Erbschaft durch den Tod des Erblassers dem Erben nur deferirt wird, und es zum Erwerb derselben noch einer Antrittserklärung desselben bedarf, welche ursprünglich in feierlicher Form geschah, und wie bei der Arrogation ein so wesentliches Requisit der Gültigkeit des Rechtsactes ist, daß, wenn der Erbe diese Erklärung nicht abgiebt, nicht nur die in dem Testamente enthaltene Erbeinsetzung, sondern das ganze Testament wirkungslos bleibt.

Mit dieser testamentarischen Erbfolge war nun für jeden Einzelnen die Möglichkeit gegeben, sein Vermögen denjenigen zuzuwenden, welchen er es am liebsten gönnte, namentlich also

---

[5]) Puchta Institutionen Bd. 3. S. 228 nimmt an, daß die Erbeinsetzung in einem solchen Testamente wahrscheinlich stets eine Adoption enthalten habe.

auch den leiblichen Geschwistern und sonstigen Blutsverwandten, und grade in dieser letztern Möglichkeit liegt ohne Zweifel der Hauptgrund für die sonst schwer zu erklärende, frühe und allgemeine Ueblichkeit der Testamente bei den Römern [6]). Wenn es nun keinem Zweifel unterliegen kann, daß die aus der Blutsverwandtschaft entspringenden sittlichen Beziehungen, wenn die Römer ihnen auch keinen Einfluß auf die Gestaltung des Rechts einräumen konnten, sich doch factisch bei ihnen geltend machten, und daß daher die Römer ihren Nachlaß in der Regel ihren nächsten Verwandten lieber gönnten, als cuilibet ex populo, so darf ohne Weiteres vorausgesetzt werden, daß die Römer regelmäßig, wenn sie nicht jemand hatten, den sie mehr liebten, den proximus agnatus zum Erben einsetzten. War dies der Fall, und durfte in den meisten Fällen, wenn jemand ohne

[6]) Wenn nämlich ein Volk von Anfang an ein seinem sittlichen Bewußtsein entsprechendes Intestaterbfolgerecht hat, so gewährt die Errichtung eines Testaments nur in den seltenen Fällen einen praktischen Nutzen, wenn entweder jemand keine natürlichen Erben hat, oder wenn er aus besonderen Gründen die Intestaterbfolge brechen will. In den bei weitem meisten Fällen regulirt sich die Erbfolge von selbst und ohne Testament so, wie der Erblasser als sittlicher Mensch es wünschen wird; es bedarf also keines Testaments, und daher ist den Germanen auch das Institut der Testamente unbekannt. Finden wir nun bei den Römern schon in der frühesten Zeit die Errichtung eines Testaments als eine allgemein verbreitete Sitte, so läßt sich dieses, — wenn man nicht annehmen will, daß die Römer aus bloßer Laune Testamente ohne allen praktischen Nutzen zu errichten liebten, — nur so erklären, daß entweder die Römer eine besondere Neigung hatten, die Erbschaft den natürlichen Erben zu entziehen, was doch schlechterdings nicht angenommen werden kann, oder daß es eines Testamentes beburfte, um die Erbfolge den natürlichen Erben, d. h. hier den Geschwistern und sonstigen Blutsverwandten zu sichern. Auch Ihering, a. a. O. S. 190 bis 192 macht darauf aufmerksam, daß der Sitte des Testirens ein solches sittliches Motiv zum Grunde gelegen haben müsse, benutzt dies aber irriger Weise als Beweisgrund für die Existenz eines unbeweisbaren Gentilitätsrechtes.

Kinder und Testament verstorben war, als wahrscheinlich angenommen werden, daß er nur durch zufällige Umstände an der Errichtung eines Testaments verhindert oder von seinem Tode überrascht worden sei, und daß er muthmaaßlich, wenn dies nicht der Fall gewesen, in Ermangelung einer ihm noch theuerern Person, seine nächsten Blutsverwandten zu Erben eingesetzt haben würde, so lag es auch ganz nahe, generell und ein für allemal festzusetzen, daß, wenn jemand ohne Kinder und Testament verstürbe, oder die Testamentserben nicht antreten würden, der proximus agnatus, als präsumtiver Testamentserbe des Verstorbenen, so angesehen werden solle, als sei er wirklich instituirt.

Die Intestaterbfolge der Seitenverwandten beruht demnach bei den Römern gewissermaaßen auf einem durch das Gesetz für jeden Einzelnen in subsidium errichteten Testamente, und mußte demzufolge auch nach dem Muster der testamentarischen Erbfolge construirt werden. Danach mußte zunächst auch hier, wie bei der testamentarischen Erbfolge, die aus dem Suitätsverhältnisse hergenommene Idee der Personeneinheit festgehalten werden, so große Inconvenienzen auch damit verbunden waren. Der Antritt einer Erbschaft wurde dadurch in unzähligen Fällen zu einer sehr bedenklichen Sache und führte ohne Zweifel oft zu einer Ausschlagung der Erbschaft; die Römer hielten aber an jener Idee, eben weil sie für die Construction der Erbfolge schlechterdings unentbehrlich war, bis auf die letzte Zeit fest, und erst Justinian milderte die Härte der Consequenzen durch das von ihm erfundene beneficium inventarii. Ebenso mußte ferner der Gesichtspunkt festgehalten werden, daß die Erbschaft wie beim Testamentserben nur der Person des Intestaterben deferirt werde,

daß es also zur Verwirklichung der Succession, wie beim Testament und bei der Arrogation, einer Willenserklärung des Erben bedürfe, und ohne dieselbe die Erbschaft nicht auf die Erben des Letzteren transferirt werde; und die Römer hielten auch an dieser, der Natur der testamentarischen Succession ganz angemessenen, für die Intestaterbfolge aber nicht wohl passenden Bestimmung [7]) bis auf die letzte Zeit fest, nur daß die daraus hervorgehenden Inconvenienzen in der späteren Zeit in einzelnen Fällen durch das Institut der Transmissionen ebenfalls gemildert wurden.

Daß die Intestaterbfolge der Seitenverwandten im römischen Rechte wirklich nur der testamentarischen Succession nachgebildet und gewissermaaßen eine auf gesetzlicher Sanction beruhende Generalinstitution, beziehungsweise Substitution des proximus agnatus beziehungsweise der Gentilen als Testamentserben war, ergiebt sich auch noch aus folgenden Gründen. Zunächst spricht der gewichtige Umstand dafür, daß die Erbschaft nach dem alten Civilrecht nur dem proximus agnatus deferirt wurde, und daß, wenn er starb, ohne angetreten zu haben, weder seine Erben, noch auch die entfernteren Agnaten die Erbschaft erhielten. Dies erklärt sich vollständig,

---

[7]) In Bezug auf die testamentarische Erbfolge kann nämlich mit Recht gesagt werden, daß der Testator sein Vermögen eben der Person des instituirten Erben, nicht aber seinen Erben habe zuwenden wollen, und daß also, wenn jener die Erbschaft nicht durch Antretung erworben hat, seine Erben nicht mehr zum Erwerbe der Erbschaft zugelassen werden können, weil der Testator nicht sie, sondern nur ihren Erblasser eingesetzt hat. Warum aber die Erben des Bruders oder Blutsverwandten die diesem gesetzlich zugefallene Erbschaft nicht haben sollen, wenn ihr Erblasser, bevor er den Anfall erfuhr, oder während er noch deliberirte, gestorben ist, dafür läßt sich schwerlich eine befriedigende Erklärung geben, wenn nicht die Analogie der testamentarischen Erbfolge maaßgebend gewesen ist.

wenn die Intestaterbfolge der Seitenverwandten nur eine auf gesetzlicher Sanction beruhende Erweiterung der testamentarischen Erbfolge ist, weil man dann nicht über die gesetzliche Sanction hinausgehen konnte, während, wenn sie als das natürliche Ergebniß der sittlichen Nächstberechtigung der Blutsverwandten angesehen wird, schwerlich ein Grund denkbar ist, warum nicht die entfernteren Agnaten beim Wegfallen der näheren ein Vorzugsrecht vor den Fremden haben sollten. Das spätere Recht kommt daher auch zu einer successio graduum und ordinum, und dies beweist, daß die Römer das Unzuträgliche jener Beschränkung fühlten. Es beweist aber auch zugleich, daß die Römer zur Ausbildung der Intestatsuccession der Seitenverwandten längerer Zeit bedurften, und sich erst der Existenz derselben bewußt werden und daran gewöhnen mußten, ehe sie dieselbe naturgemäß weiter entwickelten, und dies wiegt um so schwerer, wenn wir uns erinnern, wie viel den Römern schon wegen der sacra daran gelegen war, die Erblosigkeit zu vermeiden. Die legitima successio agnatorum des alten Civilrechts charakterisirt sich dadurch offensichtlich als das erste Entwickelungsstadium eines auf dem Wege positiver Gesetzgebung entstandenen Intestaterbrechts der Seitenverwandten. Sodann spricht dafür eine Verschiedenheit des Successionsprincips bei den suis und Agnaten, welche sich schwerlich erklären läßt, wenn die Analogie der testamentarischen Succession nicht für die agnatische Erbfolge maaßgebend gewesen ist. Wie mehrere sui oder agnati succedirten, ob in stirpes oder in capita, konnte zweifelhaft sein. Die Römer entschieden sich bei den suis für die successio in stirpes, bei den Agnaten aber für die successio in capita. Ein innerer Grund für diese Verschiedenheit läßt sich schwerlich angeben, —

Justinian weicht daher auch theilweise von der Succession in capita ab; — sie erklärt sich aber vollständig, wenn die Agnaten als gesetzliche Testamentserben angesehen wurden, da Testamentserben, in Ermangelung einer besonderen Bestimmung, ebenfalls zu gleichen Theilen erben. Ferner deutet darauf hin, daß entsprechend der Fassung der Zwölftafeln die Erbschaft nicht demjenigen Agnaten, welcher zur Zeit des Todes, sondern demjenigen, welcher tunc, quum certum est, aliquem intestatum decessisse, proximo gradu ist, deferirt wird. Wäre die agnatische Erbfolge älter als die testamentarische, so würde über die Person des Erben die Zeit des Todes entscheiden müssen, weil es vor dem Aufkommen der Testamente gar nicht anders hätte sein können. Daß das Gegentheil, wie es scheint, nie bezweifelt ist, spricht dafür, daß der Agnat als ein gesetzlich substituirter Erbe angesehen, und aus diesem Grunde die Erbschaft demjenigen deferirt wird, welcher in dem Momente, wo das Testament destitutum wird, proximus agnatus ist. — Endlich verdient es auch noch Beachtung, daß, worauf auch Puchta a. a. O. hinweist, die Zwölftafeln in den Worten: „si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto“, die Erbfolge der sui nur als etwas sich von selbst Verstehendes erwähnen, dagegen die der Agnaten ausdrücklich feststellen. Die römischen Juristen, z. B. Ulpian Tit. 26, §. 1, drücken sich auch wohl so aus, als ob die agnatische Erbfolge durch die Zwölftafeln eingeführt sei, wie denn auch der Ausdruck legitima hereditas darauf hinweist, daß diese Erbfolge auf gesetzlicher Sanction beruht, und es mag schließlich auch nicht unerwähnt bleiben, daß, während in unsern Lehrbüchern die Intestaterbfolge als die natürliche regel-

mäßige Successionsart immer zuerst und nachher die testamentarische dargestellt wird, die Römer immer umgekehrt die testamentarische Erbfolge voranstellen, und die Intestaterbfolge als die subsidiäre nachfolgen lassen.

§. 36.
Das Princip der Erbtheilung.

Das römische Erbtheilungsprincip ergiebt sich aus dem bereits Gesagten von selbst. Die Erbfolge wird von den Römern als Succession in die Person des Erblassers und beim Vorhandensein mehrerer Erben das Verhältniß so aufgefaßt, als sei die Person des Erblassers in mehrere ideelle Theile zerfallen. Daraus folgt, daß der gesammte Nachlaß den einzelnen Erben nach ideellen Theilen gehört, daß das gegenseitige Verhältniß der Erben also ganz nach den für jede andere communio geltenden Regeln beurtheilt wird, und hinsichtlich der jedem Erben an seinem ideellen Antheile zustehenden Rechte, so wie hinsichtlich der wirklichen Theilung, ganz die gewöhnlichen Regeln gelten. Das eigenthümlich Römische dabei besteht eben in der consequenten Durchführung dieses Princips und in der Nichtbeachtung der sittlichen Rücksichten, welche eine Modification jenes Princips fordern und im germanischen Rechte auch wirklich herbeiführen.

Die germanische Erbfolge nämlich beruht, wie gesagt, nicht auf der Fiction der Personeneinheit, sondern auf der sittlichen Nächstberechtigung der Erben. Die Erben succediren nicht in die Person des Erblassers, sondern die von diesem nachgelassenen Vermögensobjecte fallen ihnen als den Nächsten zu. Dieses Princip, welches alle Fremden von der Erbschaft ausschließt, und in seinen Consequenzen theilweise selbst zu einer

Erblichkeit der Aemter geführt hat, muß nothwendiger Weise auch unter den Erben selbst in soweit zur Anwendung kommen, als vermöge der Natur einzelner Vermögensbestandtheile in Bezug auf diese einzelnen Erben eine größere sittliche Nächstberechtigung zuerkannt werden muß. Daher werden z. B. Heergewette und Gerade nicht mit der übrigen Erbschaft, sondern nach eigenen Regeln vererbt, und ersteres den männlichen, letzteres den weiblichen nächsten Erben beziehungsweise der Wittwe zugewiesen, weil die Weiber das Erstere nicht gebrauchen können, dagegen auf das Letztere, welches dem Manne doch von der Frau zugebracht wird, einen näheren Anspruch haben [1]). Daher hat ferner der Mannsstamm ein Vorzugsrecht hinsichtlich des Grundeigenthums. Das Weib kann die nach germanischem Rechte auf dem Grundbesitze ruhenden Pflichten, wenn überall, doch nicht in dem Maaße erfüllen, wie der Mann; das Gut soll der Familie erhalten werden; der Sohn bedarf dasselbe zu einer standesmäßigen Existenz in höherem Grade als die Tochter, welche, wenn sie sich verheirathet, von ihrem Manne ernährt wird, und nur eine Aussteuer mitzubringen braucht, und wenn sie unverheirathet bleibt, das Gut noch weniger braucht, auch dasselbe nicht gehörig verwalten kann. Daher ist es billig, daß die Söhne das Gut erhalten, und die Töchter dagegen aus demselben, so lange sie unverheirathet bleiben, standesmäßige Alimente, und wenn sie sich verheirathen, eine Aussteuer und Abfindung empfangen, was ihnen theilweise aus dem Grunde der Billigkeit denn auch

---

[1]) Nur der Pfaffe erbt mit den weiblichen Verwandten im Gerade — Sachsenspiegel I, 5, 3, — ohne Zweifel aus dem einfachen Grunde, weil er es in seiner Wirthschaft braucht, aber wegen seiner Ehelosigkeit nicht zugebracht erhält.

beim Lehen gewährt werden muß. Ferner ist hier zu erwähnen das ebenfalls auf dem hier freilich anders motivirten Grunde des sittlichen Näherrechts beruhende jus recadentiae, vermöge dessen bei der Collateralerbfolge die väterlichen Seitenverwandten das vom Vater, die mütterlichen Verwandten dagegen das von der Mutter herrührende Vermögen vorwegnehmen, weil eben vermöge der sittlichen Stellung des Einzelnen zu seinen Blutsverwandten das Vermögen eines Menschen in gewissem Sinne als Familienvermögen zu behandeln ist, daher auch trotz der bereits geschehenen Vererbung auf die Kinder an die Familie, von der es herstammt, zurückgehen muß, wenn der letzte Besitzer ohne Descendenten verstirbt.

Im Uebrigen haben die Erben, welche gleich nahe zu der Erbschaft sind, natürlich einen gleichen Anspruch auf dieselbe, und theilen sie daher, wo eine gleiche Theilung möglich ist, nach gleichen Theilen, — was ursprünglich selbst auf die Enkel von verschiedenen Söhnen angewendet wird; das Princip, nach dem sie theilen, differirt aber dadurch von dem römischen Theilungsprincip, daß nicht, wie bei diesem, der pecuniäre Vortheil der Einzelnen für die Theilungsart maaßgebend ist, die Theilung vielmehr so geschieht, wie „unter Brüdern" getheilt werden soll, daher z. B. keine Licitation, um den höchsten Preis zu erzielen, begehrt, und überhaupt kein judicium familiae herciscundae im römischen Sinne gefordert werden darf, die Erben sich vielmehr über die Theilung vertragen müssen, und dafür nur die Regel festgesetzt ist, welcher der Erben, wenn sie sich über keine andere Auseinandersetzung verständigen können, die Theile zu machen, und welcher zu wählen hat [2]).

---

[2]) Der ältere macht die Theile und der jüngere wählt, oder nach Lüb-

Diese allgemeinen Grundsäťr erleiden nun aber noch weitere Modificationen, wenn entweder die Natur der Erbschaftsobjecte, — je nachdem Grundeigenthum oder fahrende Habe den Hauptbestandtheil des Nachlasses bildet, — oder Lebensstellung und Beruf der einzelnen Erben solche gebieten, und das allgemeine Erbrecht und Erbtheilungsprincip des germanischen Rechts führt daher zu einem verschiedenen Erbrecht für die verschiedenen Stände.

Im **Bürgerstande**, der auf den Erwerb seines Lebensunterhaltes durch Handel und Gewerbe hingewiesen ist, und dessen Vermögen dem größten Theile nach in beweglichen Gütern besteht, liegt, weil in der Regel alle Söhne zum Betriebe des von ihnen ergriffenen Gewerbes und zum Erwerbe ihres Lebensunterhaltes des ihnen angefallenen Vermögens in gleicher Weise bedürfen, und weil ferner das Vermögen der Frau mit in die gewerblichen Unternehmungen gesteckt zu werden pflegt, ein Grund zur Bevorzugung einzelner Kinder, namentlich der Söhne vor den Töchtern nicht vor, und daher finden wir in den Städten auch ein Erbrecht, welches, abgesehen von dem Erbrechte der Ehegatten, mit dem römischen Erbrechte das Princip der Gleichberechtigung der Erben gemein hat.

Ganz anders stellt sich dagegen die Sache bei denjenigen **Ständen, deren Vermögen der Hauptsache nach in Grundeigenthum besteht.** Zu einer Naturaltheilung sind die Erben in der Regel nicht befugt, und ist solche gewöhnlich auch aus anderen Gründen nicht thunlich. Eine Theilung in der Art, daß das Gut dem Empfänger zum vollen

---

schem Recht III, Tit. 13, derjenige, der die Gemeinschaft aufheben will, setzt das Erbe auf Geld, und der Andere hat die Wahl.

Werthe angerechnet und dieser Werth nach gleichen Theilen vertheilt wird, wäre zwar möglich, würde den Empfänger des Gutes aber häufig in eine precäre Lage versetzen, und ihm die Erfüllung der auf dem Grundeigenthum ruhenden Pflichten unmöglich machen. Daher begründen theils die Rücksichten auf das Gemeinwohl, welches wesentlich dabei interessirt ist, daß die Grundeigenthümer die ihnen obliegenden Pflichten zu erfüllen im Stande sind, theils die verwandtschaftlichen Rücksichten, welche die Erben sich gegenseitig schulden, für sie die sittliche Pflicht, von dem Princip der Gleichberechtigung hier zu abstrahiren, und von demjenigen unter ihnen, der das Gut empfangen soll, keine größern Abfindungen zu begehren, als derselbe zu zahlen vermag, ohne seine eigene Existenz und die Erfüllung der auf seinem Grundbesitze ruhenden Pflichten zu gefährden. Dies Alles tritt besonders klar bei den Bauergütern hervor. Wollten alle Kinder einen gleichen Erbtheil fordern, so würde in den meisten Fällen das Gut gleich verkauft werden müssen, weil keiner im Stande ist, das Gut gegen Zahlung so bedeutender Abfindungen zu übernehmen, oder derjenige, der das Gehöft erbt, mit Verpflichtungen belastet werden, welche er, zumal wenn ihn Unglücksfälle treffen, schlechterdings nicht erfüllen kann. In der Regel möchte er die Abfindungssumme verzinsen können; aber wenn er auch dazu im Stande wäre, und die Geschwister sich ihrer Seits damit begnügen wollten, so würde er doch seinen Erben das Gut so verschuldet hinterlassen müssen, daß von diesen es keiner übernehmen könnte, wenn der durch diese Schulden nicht absorbirte Werth wiederum in gleiche Theile getheilt werden sollte. Dadurch würden aber zugleich auch die durch die Blutsverwandtschaft zwischen den Geschwistern begründeten sittlichen Verhältnisse

zerstört werden. Wenn die Geschwister von dem Gehöftserben nur eine verhältnißmäßig geringe Abfindung begehren, damit er im Stande bleibe, sich redlich zu ernähren, und die sittlichen Pflichten zu erfüllen, welche seine Lebensstellung ihm auferlegt, so handeln sie wie Brüder gegen ihn, und haben dann auch einen sittlichen Anspruch darauf, daß er hinwiederum als Bruder gegen sie handle. Die Sache steht dann so: Wer das väterliche Gehöft erbt, von dessen Ertrage die Familie bisher ernährt wurde, erbt damit auch die sittlichen Pflichten des Vaters. Ihm liegt es ob, der Mutter den Lebensunterhalt, den Altentheil, zu geben, die unerwachsenen Geschwister zu ernähren, und den erwachsenen, die kein Unterkommen zu finden vermögen, eine Zuflucht zu gewähren, und grade, daß er hierzu im Stande sei, ist mit ein Hauptgrund, welcher den Geschwistern die Pflicht auferlegt, sich mit einer geringen Abfindung zu begnügen. Von dem allen aber wurde natürlich keine Rede sein können, wenn das väterliche Erbe nach gleichen Theilen getheilt wird. Eines Theils wird der Gehöftserbe grade dadurch häufig außer Stand gesetzt, seinen Geschwistern zu Hülfe zu kommen, und andern Theils werden durch Abfindungen, welche die Existenz des Gehöftserben gefährden, die Geschwister, welche sie begehren, nicht nur juristisch, sondern auch moralisch abgefunden. Brauchen sie dem Bruder nicht zu helfen, daß er als ehrlicher Mann auf dem Gehöfte bestehen könne, so haben sie auch keinen sittlichen Anspruch auf seine Hülfe. Handeln sie gegen ihn wie Fremde, die sich einander keine Rücksicht schulden, so können sie sich auch nicht beklagen, wenn sie hinwiederum von ihm als Fremde behandelt werden, und damit ist denn das Band, das sie verbindet, gelöst. — Endlich widerspricht eine gleiche Erbtheilung beim Bauernstande auch in

sofern den Rücksichten auf das Gemeinwohl, als der Gehöfts-erbe dadurch außer Stand gesetzt wird, den ihm als Gemeinde-glied obliegenden Pflichten zu genügen, und als derselbe da-durch auch dieser Verpflichtungen moralisch enthoben wird. Von einem Bauer, der sich selbst nur mit Mühe und Noth gegen Hunger und Elend zu schützen vermag, ist nicht zu begehren, daß er für Gemeindezwecke freiwillig Opfer bringt, daß er Arme unterstützt, und seinen Gemeindegenossen bei Unglücksfällen hülfreiche Hand bietet. Auch würde ein Widerspruch darin liegen, wenn man von ihm begehrte, daß er alteri subveniat tanquam fratri in utili et honesto, und auf der andern Seite die leiblichen Geschwister von der Verpflichtung der gleichen Subvention gegen ihn freispricht. Ein gleiches Recht der Kin-der in Bezug auf das väterliche Gehöft ist daher sowohl mit den Rücksichten auf das Gemeinwohl als auch mit den ver-wandtschaftlichen Rücksichten unvereinbar. Diese fordern viel-mehr eine Erbfolge, wonach das Gehöft einem zufällt, und die andern nur eine verhältnißmäßig geringe Abfindung und Aus-steuer begehren können. Welches Recht der Bauer an dem Gute hat, ob er dies als freies Eigenthum oder als Leihe be-sitzt, ist gleichgültig, und daher ist die bäuerliche Erbfolge auch bei den verschiedenen Arten der Bauergüter nach den gleichen Principien regulirt, nur daß freilich die Verschiedenheit des Rechts, und z. B. die Größe der Grundlasten auf die Größe der Abfindungssummen einen natürlichen Einfluß übt. Ob ferner der Gutsherr den Erben auswählt, oder ob der Ael-teste, — weil er nach dem Tode des Vaters dessen Stelle bei den jüngern Geschwistern zu vertreten berufen ist, — oder der Jüngste, — weil die älteren Geschwister in der Regel bei dem Tode des Vaters schon versorgt und vom Vater bereits

abgefunden sein werden, — das Gehöft erbt, das ist von untergeordneter Bedeutung. Das Wesentliche ist die Bevorzugung des Anerben vor den übrigen Geschwistern, und die dieser Bevorzugung zum Grunde liegende Auffassung des Bauergutes, als eines mit mannigfachen Pflichten verknüpften Amtes [3]).

Dieselben Rücksichten und Verhältnisse walten aber auch bei dem größern Grundbesitze ob, man mag nun dabei an die Rittergüter oder an die größern Herrschaften bis zu den Domainen der fürstlichen Familien hinauf denken. Wie bereits in dem Abschnitte über das Eigenthum ausgeführt ist, tritt die Auffassung des Rechts als eines um höherer Zwecke willen verliehenen Amtes bei dem Grundeigenthume mit besonderer Schärfe hervor, und es sind daher mit dem Grundbesitze die verschiedenartigsten Pflichten verknüpft. Insbesondere ist der Grundherr die natürliche Obrigkeit in seinem Herrschaftsgebiete, und daraus ergiebt sich eine Menge von Pflichten gegen die seiner Herrschaft unterworfenen Personen, — seien dies nun die Bauern und Tagelöhner eines ritterschaftlichen Gutes oder die Bewohner eines größern Territoriums, — für deren geistiges und leibliches Wohl Sorge zu tragen ihm obliegt. Zur Erfüllung aller dieser Pflichten, welche häufig mit Zeit- und Geldaufwand verbunden sind, ist der Grundbesitzer jedoch nur dann im Stande, wenn er nicht von einer den Werth des Gutes ganz oder doch zum größten Theile absorbirenden Schuldenlast gedrückt wird; er vermag nur dann seinen Beruf voll-

---

[3]) Von den hiermit in Verbindung stehenden und aus derselben Auffassung hervorgegangenen Instituten des Altentheils und der Interimswirthschaft ist schon oben, §. 25, die Rede gewesen.

ständig zu erfüllen, wenn er eintretende Calamitäten nicht nur selbst zu bestehen, sondern in ihnen auch denjenigen zu helfen im Stande ist, welche auf seine Hülfe und Fürsorge einen sittlichen Anspruch haben. Je größer nun aber die Bedeutung und Aufgabe des Standes der Grundbesitzer für das Staatsleben sind, um so mehr fordert auch die Rücksicht auf das Gemeinwohl, daß derselbe in der Lage sei, seine Aufgabe zu erfüllen, und es muß daher aus ähnlichen Gründen wie beim Bauernstande auch ein ähnliches Erbrecht für den größern Grundbesitz gelten, und die Rücksichten auf das Gemeinwohl ebenso wie die verwandtschaftlichen Rücksichten legen den Miterben auch hier die sittliche Pflicht auf, demjenigen unter ihnen, der das Gut erhält, auch die Möglichkeit zu gewähren, die damit verknüpften Pflichten zu erfüllen. Aus diesen Gründen ist in England alles Grundeigenthum Majorat und daneben zum größten Theile Fideicommiß, und aus diesen Gründen hat auch in Deutschland der hohe Adel überall den Nachtheilen der gleichen Erbtheilung entgegen zu arbeiten gestrebt, und schließlich für seine Territorien das Recht der Primogenitur eingeführt. Beim niedern Adel ward ein ähnliches Resultat schon theils durch die Lehenbarkeit seiner Besitzungen, welche den Vorzug des Mannsstamms sicherte und den Veräußerungen größere oder geringere Schwierigkeiten in den Weg legte, theils durch die Sitte und den Familiensinn gesichert. Daneben aber tritt seit dem Eindringen des römischen Rechts auch bei ihm das Bestreben hervor, die Anwendlichkeit des römischen Erbrechts durch Testamente und Fideicommißstiftungen zu beseitigen [4]).

---

[4]) In ähnlicher Weise reagirt z. B. in Mecklenburg das sittliche Bewußtsein der Erbzinsleute und Büdner, deren Besitzungen nach den Regeln

Die klarste und schärfste Ausprägung haben die Grundsätze des germanischen Rechts, welche die Erbfolge im Grundeigenthum regeln, bei den Domänen der fürstlichen Familien erhalten, weil bei ihnen die Rücksichten und Motive, auf denen jene Grundsätze beruhen, am klarsten hervortreten. Zunächst tritt die sittliche Pflicht des Menschen, die Aufkünfte seines Vermögens für die Erfüllung der sittlichen Pflichten zu verwenden, welche seine Lebensstellung mit sich bringt, bei den Fürsten besonders klar hervor, und bildete sich hier zu dem Grundsatze aus, daß der Fürst die Verpflichtung habe, die Lasten der Regierung aus den Aufkünften der Domänen zu bestreiten, und daß er von den Unterthanen nur in soweit, als jene dazu nicht ausreichten, Steuern zu begehren berechtigt sei. Daraus aber ergiebt sich die Unverträglichkeit einer gleichen Theilung mit den Rücksichten auf das Gemeinwohl, und die Pflicht der nachgeborenen Söhne, sich mit einer standesmäßigen Apanage zu begnügen, von selbst, und die Nothwendigkeit des germanischen Erbfolgeprincips im Domanium machte sich mit solcher Stärke geltend, daß sie schließlich selbst die Vorstellung erzeugte, die Domänen seien gar nicht Eigenthum des Fürsten, sondern Staatseigenthum.

§. 37.

Das Erbrecht der Wittwe.

Ein Punkt, an dem der Gegensatz des römischen und germanischen Rechts in charakteristischer Schärfe hervortritt, und der deshalb eine besondere Betrachtung verdient, ist die Stellung der Wittwe zu dem Nachlasse des verstorbenen Mannes.

---

der Emphyteuse behandelt werden, gegen das römische Erbrecht durch Testamentserrichtungen und Abtretungen unter Lebenden, durch welche die Erbfolge des ältesten Sohnes gesichert wird.

Das römische Recht hält auch hier wieder die einmal gegebenen Rechtsprincipien fest, ohne auf die sittliche Stellung der Ehegatten zu einander und die daraus entspringenden sittlichen Ansprüche irgend welche Rücksicht zu nehmen. Danach gestaltet sich die Sache einfach so. Bei der strengen Ehe, bei der sich die Ehefrau in manu mariti befindet und ihr gesammtes Vermögen auf den Mann übergeht, erhält sie freilich dadurch einigen Ersatz, daß sie gleich einer Tochter aus dem Nachlasse des Ehemannes ihren Erbtheil erhält, und dieses wird allerdings da, wo sie mit Kindern concurrirt, in vielen Fällen ein leidlich befriedigendes Resultat geben. Eine Unbilligkeit liegt nur darin, daß die Größe des von der Ehefrau zugebrachten Vermögens auf die Ermittelung ihres Erbtheils ohne Einfluß bleibt, folglich die Wittwe z. B. da, wo das ganze vorhandene Vermögen von ihr herrührt, und sie mit vielen Kindern concurrirt, nur einen geringen Theil ihres ursprünglichen Vermögens zurückerhält, so wie daß bei kinderloser Ehe die Wittwe das ganze Vermögen des Ehemannes mit Ausschluß der Geschwister desselben erbt, und endlich, daß sie mit dem Austritte aus ihrer ursprünglichen Familie auch jedes Erbrecht in Bezug auf diese Familie verliert. Jenes leidlich befriedigende Resultat, welches bei der strengen Ehe wenigstens in vielen Fällen erreicht wird, fällt jedoch bei der später allgemein üblich gewordenen freien Ehe gänzlich fort. Die Ehefrau tritt dabei rechtlich nicht in die Familie des Ehemannes; daher wird bei der Auflösung der Ehe auch auf die Lebensgemeinschaft, in welcher die Ehegatten während der Dauer derselben standen, nicht die geringste Rücksicht genommen, und die Wittwe in jeder Beziehung, selbst ihren eigenen Kindern gegenüber, als eine Fremde behandelt, der die Erben des Mannes keinerlei Rück-

sichten schulden. Es wird ihr daher weder ein Erbtheil aus dem Vermögen des Mannes zugebilligt, noch auch für ihre Zukunft in irgend einer andern Weise Sorge getragen. Sie erhält eben nur die von ihr eingebrachte dos zurück, und die für die Restitution dieser dos geltenden Regeln sind ganz die gewöhnlichen, wie sie zwischen Personen zur Anwendung kommen, welche einander fremd sind, so daß z. B. die Wittwe nur die speciellen Sachen, welche sie inferirt hatte, so weit sie nicht verbraucht sind, nicht aber die an die Stelle der verbrauchten angeschafften Gegenstände und überhaupt keinen Ersatz für die Abnutzung jener empfängt, und daß sie im Streitfalle den Beweis der Illation für jedes einzelne Stück führen, und falls sie Ersatz für die Deterioration oder den Untergang einzelner Sachen begehrt, culpa oder dolus des Ehemannes beweisen muß. Im Uebrigen hat sie, wie gesagt, an das Vermögen des Mannes keinen Anspruch, und es blieb dem Gewissen des Mannes überlassen, durch letztwillige Disposition oder durch Verfügungen unter Lebenden, welche dann ganz unter die gewöhnlichen Regeln der Schenkungen fallen, die Zukunft seiner Ehefrau sicher zu stellen. — So blieb das Verhältniß bis in die letzte Zeit, nur daß es unter den christlichen Kaisern durch Ausbildung des Instituts der propter nuptias donatio und durch das von Justinian eingeführte Erbrecht der armen Wittwe einige Modificationen erlitt, und daß der Prätor schon früher ein gegenseitiges Erbrecht der Ehegatten einführte, welches jedoch, da der Prätor dieselben erst an letzter Stelle und nach den Cognaten rief, nur in seltenen Fällen eine praktische Bedeutung hatte, und daher kaum der Erwähnung werth ist.

Das germanische Recht dagegen geht von dem Gesichtspunkte aus, daß die Lebensgemeinschaft, welche zwischen den

Ehegatten bestand, und die Stellung, welche die Wittwe bisher im Hause des Mannes einnahm, für sie sittliche Ansprüche an den Nachlaß des Ehemannes begründet, und daß die Erben des Mannes, namentlich die Kinder, diese zu erfüllen verpflichtet sind. Nach diesem Grundsatze regelt sich das Verhältniß der Wittwe zu den Erben des Mannes einfach in folgender Weise. Zunächst versteht sich natürlich bis auf Weiteres von selbst, daß die Wittwe das von ihr eingebrachte Vermögen, welches während der Ehe unter der vormundschaftlichen Verwaltung des Ehemannes stand, zurückzufordern berechtigt ist; bei der Behandlung dieser Forderung weicht jedoch das germanische Recht in Bezug auf den regelmäßigen Hauptbestandtheil des Eingebrachten, die Aussteuer, von dem römischen Rechte dadurch wesentlich ab, daß nicht genau gerechnet und untersucht wird, welche einzelnen Sachen wirklich von der Wittwe inferirt, und welche später von dem Ehemanne angeschafft, welche von den ersteren ferner durch casus oder durch Schuld des Mannes untergegangen sind, und noch weniger ein desfallsiger Beweis von der Wittwe begehrt werden darf, sondern das vorhandene Gerade ohne weitere Untersuchung über den Ursprung der einzelnen Sachen und ohne weitere Berechnung über den Mehr- oder Minderwerth ihr statt der Aussteuer zurückgegeben wird. Daneben aber hat die Wittwe, welche während der Ehe dem Manne als Genossin und Gehülfin zur Seite gestanden hat, aus diesem Grunde einen doppelten Anspruch an den Nachlaß des Mannes. Einer Seits nämlich entspringt, sowohl aus ihrer persönlichen Stellung zum Ehemanne, als auch aus ihrer bisherigen Stellung zu dem Vermögen desselben, für dessen Erhaltung und Verwaltung sie während der Ehe mit thätig gewesen ist, ein sittlicher Anspruch auf lebenslängliche Versorgung

aus diesem Vermögen, und anderer Seits erheischt die Billigkeit, daß ihr auch von dem während der Ehe erworbenen Vermögen, welches mit durch ihre Thätigkeit und vielleicht mit Hülfe des von ihr dem Manne zugebrachten Vermögens gewachsen ist, ein Antheil zufällt.

Die auf diesen Gründen beruhenden Ansprüche der Wittwe an den Nachlaß des Mannes erhalten natürlich durch die Lebensstellung und Berufsthätigkeit des Mannes und die Beschaffenheit des von ihm nachgelassenen Vermögens eine bestimmte Richtung, indem darnach der eine oder andere Gesichtspunkt mehr in den Vordergrund tritt, und dies führt denn zu einer verschiedenen Behandlung jener Ansprüche in den verschiedenen Berufsständen. Bei denjenigen Ständen, deren Vermögen hauptsächlich in Grundbesitz besteht, und deren ökonomische Thätigkeit eben nur auf Erhaltung und Verwaltung dieses Grundbesitzes gerichtet ist, ist natürlich eine auf das Grundstück fundirte lebenslängliche standesmäßige Versorgung der Wittwe der vorwiegende Gesichtspunkt, da von einem Anspruche auf die Substanz nur in Bezug auf die fahrende Habe die Rede sein könnte; und von jenem Gesichtspunkte aus erhält die Wittwe im Bauernstande einen Altentheil, beim Adel ein Witthum. Dabei macht sich die Verschiedenheit beider Stände und die dadurch begründete Modification des Begriffs einer standesmäßigen Versorgung noch weiter in sofern geltend, daß der Altentheil beim Bauernstande regelmäßig in Verabreichung einer Wohnung auf dem Gehöfte, etwas Gartenland und sonstigen Naturalien besteht, beim Adel dagegen bald in der Einräumung eines Wittwensitzes, bald in einer Leibrente, bald in einer Vergrößerung des Brautschatzes besteht, wobei denn diese Vergrößerung der Wittwe entweder zum vollen Eigenthume

oder nur zum Nießbrauch gegeben wird. Auch concurrirt damit beim Adel häufig noch ein Anspruch auf einen Theil der fahrenden Habe, und weil der Begriff einer angemessenen Versorgung hier so wesentlich mit durch die Vermögensverhältnisse der Ehegatten und namentlich des Mannes bestimmt wird, wird die Art und Größe des Witthums oft auch für den besondern Fall durch Familienverträge, Observanz, Fideicommißstiftungsacten, oder auch Eheverträge besonders festgesetzt. —

Beim Bürgerstande, dessen Vermögen hauptsächlich in beweglichem Vermögen besteht, fehlt es gewöhnlich an einem Grundbesitz, worauf ein Witthum fundirt werden könnte, und es macht sich daher eine Abfindung der Wittwe statt des Witthums als natürliches Bedürfniß geltend. Daneben ist es, weil das Vermögen, welches die Frau dem Manne zubringt, mit in die gewerblichen Unternehmungen gesteckt wird, billig, daß die Frau, welche die Gefahr des Verlustes mitträgt, dafür auch einen Antheil an dem Gewinne erhalte. Endlich macht bei einem Vermögen, dessen Größe und Bestandtheile in Folge von Gewinn und Verlust öfter vielleicht sehr erheblich gewechselt haben, die Auflösung in seine ursprünglichen Bestandtheile häufig nicht unerhebliche praktische Schwierigkeiten, welche sich namentlich dann, wenn Kinder vorhanden sind, denen das Vermögen der Mutter nach dem Tode derselben doch zufallen wird, und zumal wenn die Wittwe das Geschäft des Mannes im gemeinschaftlichen Interesse fortsetzt, und vielleicht, um die Kinder zu ernähren, fortsetzen muß, als praktisch ziemlich nutzlos und den gegenseitigen sittlichen Beziehungen wenig entsprechend zeigen. Alle diese Rücksichten und die Erwägung, daß es unter nahen Verwandten und namentlich zwischen Mutter und Kindern nicht darauf ankommen kann, ob einer etwas mehr oder weniger er-

hält, als er bei einer scrupulösen Berechnung erhalten würde, welche sich in den einzelnen statutarischen Rechten bald mit größerer, bald mit geringerer Stärke geltend gemacht haben, führen denn zu den mannigfaltigen Formen des Erbrechts der Ehegatten und namentlich der Wittwe, wie wir sie in den verschiedenen Stadtrechten finden, nach denen bald der überlebende Ehegatte eine Quote aus dem Nachlasse des Verstorbenen erhält, bald der Grundsatz der Gütergemeinschaft für die Theilung in verschiedener Weise maaßgebend wird. Besonders klar tritt die Thatsache, daß die Innigkeit der Familiengemeinschaft das leitende Motiv dafür gewesen ist, da hervor, wo in Bezug auf das zur Anwendung kommende Theilungsprincip zwischen beerbter und unbeerbter Ehe unterschieden und nur bei ersterer das beiderseitige Vermögen als eine Masse behandelt wird, so wie da, wo der überlebende Ehegatte berechtigt ist, die während der Ehe geltende Gütergemeinschaft mit den Kindern fortzusetzen [1]).

§. 38.

Testamente und Erbverträge.

Nach der römischen Ansicht von der Stellung des Menschen zu seinem Vermögen versteht sich von selbst, daß ein innerer Grund der Befugniß, darüber für den Todesfall zu verfügen, nicht entgegenstehen kann. Als absoluter Herr seines Vermögens kann er darüber disponiren, wie ihm beliebt, und dies muß für Verfügungen von Todeswegen eben so gut gelten, wie für Verfügungen unter Lebenden. Nur die Form,

[1]) Charakteristisch ist auch noch, daß hin und wieder der überlebende Ehegatte einzelne Gegenstände, welche für ihn einen besondern Werth haben, z. B. das Ehebett, Hochzeitskleid rc. erhält.

durch welche solchen Dispositionen Gültigkeit zu verschaffen ist, macht einige Schwierigkeit. Ein bloßer Vertrag würde dazu nicht genügen, weil ein solcher Vertrag nur zwischen den Contrahenten Rechtswirkungen erzeugen, der Vertragserbe dadurch also gegen Dritte, welche nach dem Tode des Erblassers ihm in der Occupation der Erbschaftssachen zuvorkommen, nicht gesichert sein würde. Eine Verfügung auf den Todesfall bedurfte daher zur Erlangung der für sie erforderlichen absoluten Wirksamkeit eines speciellen Volksbeschlusses, durch welchen dieselbe gewissermaaßen die Eigenschaft eines Specialgesetzes erhielt, und damit eine für Dritte rechtsverbindliche Norm ward. Die früheste Testamentsform war folglich die den Arrogationen nachgebildete Form der testamenta comitiis calatis und in procinctu facta [1]). Ob jedesmal eine specielle Sanction des einzelnen Testaments erfolgte, wie bei den Arrogationen, oder ob die in den comitiis calatis errichteten Testamente als generell sanctionirt angesehen wurden, ist im Wesentlichen gleich. Die dabei zum Grunde liegende Idee war jedenfalls, daß das Testament durch den sanctionirenden Willen des Volkes die Kraft eines Specialgesetzes erhalten und dem Testamentserben die Möglichkeit gegeben werden sollte, dritten Personen gegenüber sein Erbrecht geltend zu machen. — Nachdem dergestalt eine Testamentsform gefunden [2]) und damit die Möglichkeit gegeben

---

[1]) Vgl. Ihering a. a. O. S. 137 ff.

[2]) Später kam noch eine dritte Testamentsform hinzu, das testamentum per aes et libram factum, welche als die bequemere die ursprünglichen Formen ganz verdrängte. Ursprünglich eine wirkliche Eigenthumsübertragung des ganzen Vermögens, welche jemand vornahm, si subita morte urguebatur, wurde sie später zu einer Förmlichkeit, welche zur Errichtung von Testamenten benutzt wurde, und verlor daher ihren frühern Charakter so ganz, daß eines Theils nicht der familiae emtor, sondern der scriptus

war, letztwillig zu verfügen, stand der Errichtung solcher letztwilligen Dispositionen nichts weiter im Wege, und die große und detaillirte Ausbildung dieser Lehre zeigt zur Genüge, wie allgemein die Sitte zu testiren bei den Römern war.

Der materielle Inhalt und Umfang der Dispositionsbefugniß wird nun natürlich ganz von selbst durch den Grundsatz bestimmt, daß der Mensch als absoluter Herr seines Vermögens ganz nach seinem Belieben über dasselbe verfügen kann, — uti legassit, ita jus esto — und daß der sittliche oder unsittliche Gebrauch dieser Freiheit lediglich Gewissenssache des Testirenden sei. Dies wird von den Römern so sehr als Postulat betrachtet, daß sie Verträge, welche eine Beschränkung der subjectiven Willensfreiheit in dieser Beziehung enthalten, als den guten Sitten zuwiderlaufend ansehen. Demzufolge ist der Testator durch sittliche Rücksichten auf seine Kinder oder sonstigen natürlichen Erben rechtlich nicht gebunden, und es hängt ganz von seinem Belieben ab, ob er sie oder Fremde zu seinen Erben einsetzen will. Daß der Vater die in seiner Gewalt befindlichen Kinder ausdrücklich enterben muß, hat seinen Grund nur in der zwischen ihnen bestehenden Personeneinheit, vermöge welcher die nicht exheredirten sui ipso jure Erben sein würden. Gegen die praktischen Consequenzen dieses Rechtssatzes reagirt freilich auch hier wieder das sittliche Bewußtsein der Römer, und sie helfen hier mit der querela inofficiosi testamenti in einer höchst charakteristischen Weise. Gradezu die Dispositionsbefugniß des Testirenden zu Gunsten seiner Kinder und Eltern

---

heres als wirklicher Erbe angesehen wurde, und andern Theils, gegen die Analogie des pater arrogans und der sonstigen Successoren in das Vermögen eines Lebenden, der Erbe auch in die Schulden succedirte. — Gaius II. §. 102, 103.

zu beschränken, war für sie nach der ganzen Grundrichtung ihres juristischen Denkens unmöglich, weil darin eine Beschränkung der subjectiven Willensfreiheit im Interesse der Sittlichkeit gelegen haben würde. Es blieb daher nur die Möglichkeit, hier wie in anderen ähnlichen Fällen dem Mißbrauche auf indirectem Wege entgegenzutreten, und so verfielen sie auf den eigenthümlichen Ausweg, das unzweifelhaft rechtsgültige Testament durch die Fiction, der Testator sei geisteskrank gewesen, zu beseitigen, und so wenigstens den Kindern und Eltern ein Viertel ihrer Intestaterbration indirect zu sichern [3]).

Das solcher Gestalt theoretisch gewahrte Princip der Zwölftafeln uti legassit, ita jus esto erleidet jedoch nach einer andern Seite hin Beschränkungen, welche eine besondere Erwähnung verdienen, weil sie über die Grundprincipien des römischen Rechts interessante Aufschlüsse geben. Die Worte der Zwölftafeln uti legassit, ita jus esto gewähren dem Testator eine unbeschränkte Dispositionsbefugniß, und weil dadurch der Inhalt des Testaments zu einem eigentlichen Specialgesetz gemacht wird, so werden z. B. hinsichtlich des ipso jure stattfindenden Eigenthumsüberganges an den legirten Sachen dem Testamente Rechtswirkungen zuerkannt, welche anderen Privatdispositionen fehlen. So allgemein die obigen Worte aber auch lauten, so versteht sich doch von selbst, daß die einzelnen Bestimmungen, denen dadurch Gültigkeit beigelegt werden soll, juristisch und sittlich möglich sein müssen, und daß der Sinn derselben nicht sein konnte, das juristisch und sittlich Unmögliche möglich und

---

[3]) Daraus, daß die querela inofficiosi testamenti eigentlich ein singuläres Institut ist, erklärt sich auch, daß die römischen Juristen in Bezug auf die Pupillarinstitution dem Vater das Recht geben, seine eigenen Notherben sowohl als die des Sohnes unberücksichtigt zu lassen.

gültig machen zu wollen. Von diesem Gesichtspunkte aus erleidet die Dispositionsbefugniß des Testators Beschränkungen, — wenigstens lassen sich diese bei dem Wortlaut der gedachten Bestimmung nur hieraus erklären, — und es ist interessant, daraus zu sehen, was die Römer für juristisch und sittlich möglich oder unmöglich halten. — In dieser Beziehung macht sich nun der Grundsatz der Römer, daß alle Pflichten ihrer Natur nach Gewissenssache und unfähig sind, zu Rechtspflichten erhoben zu werden, und daß jedes Rechtsverhältniß seine Basis in dem Rechte eines bestimmten Rechtssubjects haben müsse, mit der größten Bestimmtheit in dem Princip geltend, daß nur diejenigen Dispositionen gültig sind, durch welche ein einem bestimmten Rechtssubjecte zustehendes Recht constituirt wird, alle Bestimmungen dagegen, wodurch nur dem Erben eine Pflicht auferlegt wird, der Gültigkeit entbehren. Daher kann der Testator Legate hinterlassen, so viele und an wen er will, und die wiederholten gesetzlichen Beschränkungen, welche in dieser Beziehung für nöthig geachtet wurden, zeigen, wie sehr die Römer, obgleich bekanntlich den Schenkungen unter Lebenden wenig günstig, geneigt waren, auf Kosten ihrer Erben freigebig zu sein. Allein jedes Legat muß einer bestimmten Person hinterlassen sein, und bei dem Satze, daß legata incertae personae relicta ungültig seien, wurde der Begriff der incerta persona so streng genommen, daß z. B. alle Bestimmungen, wodurch der Testator, ohne eine bestimmte Person im Auge zu haben, nur sittliche und humane Zwecke erreichen wollte, ungültig wurden. In diese Kategorie kommen denn natürlich nicht nur alle solche Bestimmungen, wodurch dem Erben z. B. die Verwendung einer Summe zu einem wohlthätigen Zwecke aufgegeben wird, sondern auch alle solche, wodurch z. B. ein Vater seinen

verschwenderischen oder grausamen Sohn im Interesse der Conservation des Vermögens, oder um die Sklaven gegen Ausbrüche der Grausamkeit zu schützen, an dem unsittlichen Mißbrauche seiner Rechte hindern will. Indirect ließ sich freilich manches erreichen und würde sich z. B. durch bedingt aufgelegte Legate noch mehr haben erreichen lassen. Allein das Princip, daß der Testator nicht berechtigt sei, die subjective Willensfreiheit des Erben zu beschränken, stand so fest, daß Bestimmungen, welche diesen Zweck hatten, wenn sie auch im Uebrigen allen Erfordernissen genügten, aus diesem Grunde, wie z. B. die legata poenae nomine relicta, für ungültig erklärt wurden. Erst die christlichen Kaiser, namentlich Justinian, modificirten diese Grundsätze und machten die Realisirung sittlicher Zwecke durch letztwillige Dispositionen möglich; wie sehr jene Normen aber in den sittlichen und juristischen Grundansichten der Römer gewurzelt waren, beweist namentlich auch der Umstand, daß hier auch nicht einmal zu Gunsten der Soldaten, deren Testamente sonst von allen Fesseln befreit waren, eine Ausnahme statuirt ward.

Nach den Grundprincipien des germanischen Rechts dagegen kann von einer Befugniß des Einzelnen, über die Vererbung seines Vermögens subjectiv willkürliche Vorschriften aufzustellen, natürlich von vorn herein keine Rede sein. Die Erbfolge sowohl als die Erbtheilung sind nach dem Princip der sittlichen Nächstberechtigung ein für allmal geregelt. Es bedarf daher keines Testaments, damit das Vermögen denjenigen zu Theil wird, denen es nach dem Tode des Erblassers von Gott und Rechtswegen zukommt; ebenso wenig aber kann dem Einzelnen das Recht zugestanden werden, jene nach sittlichen Principien geregelte Erbfolge aus bloßer Laune oder verwerflichen

Motiven willkürlich zu brechen. Aus dem Eigenthume des Menschen an seinem Vermögen läßt sich eine solche Befugniß nicht ableiten. Denn das Eigenthum ist nach germanischer Ansicht eben nur ein sittlich beschränktes Recht, und grade die sittliche Stellung des Menschen zu seinen nächsten Blutsverwandten und natürlichen Erben und die dadurch begründete sittliche Pflicht, sein Vermögen für dieselben zu erhalten, legt ihm schon in Betreff der Veräußerungen unter Lebenden die oben in §. 25 erwähnten wesentlichen Beschränkungen auf, und es kann daher noch weniger von einer Befugniß, durch letztwillige Verfügungen sein Vermögen seinen natürlichen Erben zu entziehen, die Rede sein. Daher ist denn auch das Institut der Testamente dem germanischen Rechte ganz unbekannt.

Es können allerdings Fälle vorkommen und kommen zu allen Zeiten vor, wo besondere Verhältnisse den Wunsch eines Menschen, die Vererbung seines Vermögens selbstständig zu regeln, als einen sittlich erlaubten erscheinen lassen, und in denselben Fällen, in denen jemand unter Lebenden veräußern durfte, z. B. wenn er keine gesetzlichen Erben hat, oder diese in die Veräußerung consentiren, oder auch dann, wenn es ausnahmsweise, wie bei Verfügungen zu Gunsten des überlebenden Ehegatten oder der Kirche, der Einwilligung der nächsten Erben nicht bedarf, würde auch der Veräußerung von Todeswegen kein Bedenken entgegenstehen. Für solche Verfügungen bedarf es aber wiederum einer dem römischen Testamente entsprechenden Rechtsform nicht, vielmehr genügen dazu die gewöhnlichen Rechtsformen, wodurch jemand einem Dritten Rechte an seinem Vermögen einräumt, weil der germanische Eigenthumsbegriff nicht den Charakter der Ausschließlichkeit im römischen Sinne hat, und daher die Mitaufnahme eines Dritten in die Gewerbe,

um ihm das Recht der Erbfolge zu geben, ein juristisch mögliches Geschäft ist. Die zur Begründung einer besondern Erbfolge dienende Rechtsform ist daher die Form des Erbvertrages, und vom germanischen Standpunkte aus betrachtet ist auch in einem Erbvertrage nichts den guten Sitten Zuwiderlaufendes zu finden, da eben die Realisirung der durch einen solchen Vertrag allerdings beschränkten subjectiven Willensfreiheit überall nicht das Problem der germanischen Staats- und Rechtslehre ist.

Gedruckt bei C. Polz in Leipzig.




Gedruckt bei
C. Polz in Leipzig.



